

UNIVERZITA KARLOVA
PRÁVNICKÁ FAKULTA

Mgr. Vít Hrnčířík, LL.M.

Předběžné opatření v civilním procesu

**Preliminary injunction in civil
proceedings**

Disertační práce

Školitel autora disertační práce: prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.
Katedra občanského práva
Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): květen 2016

Prohlašuji, že předloženou disertační práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Mgr. Vít Hrnčířík, LL.M.

Poděkování

Rád bych poděkoval prof. JUDr. Aleně Winterové, CSc. za její pomoc a cenné připomínky vedoucí ke zvýšení úrovně předkládané disertační práce.

Obsah

Úvod	1
1. Nástin problematiky	1
2. Praktická relevance institutu předběžných opatření	2
3. Stav problematiky v právní teorii	3
4. K použité metodě (struktura a postup práce)	4

KAPITOLA I. Použitá terminologie a základní pojmosloví (provizorní a předběžná ochrana)	5
--	----------

KAPITOLA II. Historický vývoj institutu předběžných opatření	7
1. Kořeny právní úpravy předběžných opatření	7
2. Charakteristika provizorních opatření podle obecného německého procesu a zásady jej ovládající	10
3. Zajišťovací arest a sekvestrace podle obecného německého procesu konkrétně	13
4. Charakteristika právní úpravy provizorních opatření podle JSŘ	15
4.1 Zabezpečovací arest podle JSŘ	16
4.2 Zabezpečovací zákaz podle JSŘ	17
4.3 Provizorní sekvestrace podle JSŘ	17
5. Novodobě kodifikovaná rakouská (československá) a německá úprava – koncepce a srovnání	18
5.1 Koncepční rozdíly v materiálním zajišťovacím právu	21
5.2 Koncepční rozdíly ve formálním zajišťovacím právu	22
5.3 Historický vývoj poválečné právní úpravy	24

KAPITOLA III. Základní zásady předběžného řízení	25
1. Zásada efektivní ochrany práva	25
2. Rychlost (zrychlení) řízení	26
3. Osvědčování	26
4. Moment překvapení odpůrce	27
5. Rovnost zbraní	27

6.	Subsidiarita prostředků zajištění (opatření), přiměřenost a šetření práv	28
7.	Kompenzace procesního znevýhodnění odpůrce.....	28
8.	„Audiatur et altera pars“ (budiž slyšena i druhá strana).....	28
9.	Ústnost jednání.....	29

KAPITOLA IV. Základní otázky práva předběžných

opatření	29
1. Důvody, funkce a úkoly předběžné ochrany	29
2. Systematické zařazení základních ustanovení o předběžných opatřeních a povaha předběžného řízení	32
3. Základní typologie předběžných opatření	34
4. Vztah k (řízení ve) věci samé	39
4.1 Obecné vymezení (předmět řízení)	39
4.2 Konkrétní souvztažnosti (litispence, res iudicata, prejudicialita, promlčení atd.)	41
4.3 Otázka samostatnosti řízení o vydání předběžného opatření	43
5. K předběžnosti a prozatímnosti (mezitímnosti) předběžných opatření	43
6. Předpoklady důvodnosti předběžné ochrany	46
7. Povaha a předmět zajištění, vztah k hmotnému právu a jeho prostředkům zajištění	49
8. Přípustnost tzv. uspokojících předběžných opatření ...	51
9. Způsoby (opatření) ochrany předběžnými opatřeními ...	55
10. Meze předběžné ochrany	57
11. Zásada omezení se na zajišťovací a co nejméně omezující způsoby (opatření) předběžné ochrany	63
12. Předbíhání a předjímání věci samé	64
12.1 Předbíhání věci samé a typ předběžného opatření	65
12.2 Předjímání věci samé	67
13. Účinky předběžných opatření	68
14. Vztah k dalším institutům provizorní ochrany, resp. institutům příbuzným	69

14.1 Předběžná vykonatelnost	70
14.2 Exekuce k zajištění	72
14.3 Předběžná opatření, resp. řízení a soudcovské, resp. exekutorské zástavní právo	73
14.4 K tzv. dočasným opatřením zamezujícím vykonání rozhodnutí	75
14.5 Zajištění důkazu	77
14.6 Zajištění předmětu důkazního prostředku	80
14.7 Vztah předběžné ochrany k ochraně rušené držby	81
14.8 Vzájemné sepsání	83
14.9 Poznámka spornosti	85
14.10 Další příbuzné instituty	86
15. Předběžná ochrana a rozhodčí řízení	87
16. Procesní zvláštnosti zajišťovacího řízení (zejm. způsoby zrychlení využívané v zajišťovacím řízení)	90
16.1 Rozšíření soudní příslušnosti	91
16.2 Zvláštní obsazení soudu	91
16.3 Časová priorita	92
16.4 Ústní jednání (?)	92
16.5 Vytknutí vad návrhu	93
16.6 Osvědčování	94
16.7 Přerušování řízení, odročení jednání	98
16.8 Zjednodušení vyhotovování rozhodnutí	98
16.9 Doručování návrhu a rozhodnutí	100
16.10 Zjednodušení v odvolacím řízení	101
17. Předběžná opatření a přístup k nejvyšším civilním soudům	102
18. Předběžné řízení (opatření) a čl. 6 EÚLP	102
19. Ústavněprávní relevance právní úpravy předběžných opatření	107
20. Předběžná opatření a litispence	108
21. Předběžná opatření a právní moc	111
22. Předběžné řízení a možnost jeho obnovy	114
23. Předběžná opatření, resp. řízení a exekuce	115
24. Předběžná opatření, resp. řízení a insolvence	116
25. Výkon předběžných opatření	118

25.1	Obecné otázky	118
25.2	Výkon zajišťující movité věci	122
25.3	Výkon zajišťující pohledávku	123
25.4	Výkon zajišťující (evidované) nemovitosti	124
25.5	Výkon ohledně „jiných“ jednání	126
25.6	Urychlení ve vykonávací fázi a možnosti analogie s exekucním řízením	126
25.7	Odlišení fáze nařízení a výkonu, resp. vykonání předběžného opatření	128
26.	Procesní zvláštnosti ve prospěch odpůrce	130
27.	Právo odpůrce na náhradu škody	132
27.1	Právo na náhradu škody – obecné úvahy	132
27.2	Právo na náhradu škody – případy uplatnění	135
28.	O odporové řízení	141
29.	Podání žaloby ve věci a její vynucení	143
30.	Zrušení předběžného opatření z důvodu změny okolností (včetně vazby na odvolání a odpor)	144
31.	Jistota skládaná navrhovatelem	148
32.	Jistota skládaná odpůrcem (cautio de relaxando arresto)	150
33.	Nepřípustnost výkonu předběžného opatření	152
34.	Preventivní obrana (ochrana) proti předběžnému opatření?	153
35.	Možnost konečného (definitivního) vyřešení sporu předběžným opatřením?	154
35.1.	Vyloučení řízení ve věci hlavní, sumární řízení a korektiv náhrady škody	155
35.2	Konečnost v důsledku chování stran či fakticity	156
36.	Ireverzibilita důsledků předběžného opatření a přípustnost takového předběžného opatření	157

KAPITOLA V. Výklad platné právní úpravy předběžných opatření v OSŘ	158
1. Zajišťovaný nárok a zajišťovací důvod (§ 74 odst. 1, § 102 odst. 1 OSŘ)	159
1.1 Zajišťovaný nárok	159

1.2	Zajišťovací důvod	160
1.3	Potřeba zatímní úpravy poměrů účastníků	160
1.4	Obava, že by exekuce byla ohrožena.....	163
2.	Účastníci řízení a „třetí“ osoby (§ 74 odst. 2, § 76 odst. 2 OSŘ)	165
3.	Pravomoc a příslušnost k nařízení předběžného opatření (§ 74 odst. 3, § 75 odst. 1, § 102 odst. 3 věta první OSŘ).....	167
4.	Návrh na nařízení předběžného opatření (§ 75 a 75a OSŘ)	172
5.	Jistota skládaná navrhovatelem (§ 75b a 76h OSŘ)	175
6.	Nařízení předběžného opatření (§ 75c a § 76 odst. 3 OSŘ)	179
6.1	Osvědčování a „dokazování“ v předběžném řízení	179
6.2	Zrychlení řízení.....	182
6.3	Rozhodující stav	184
6.4	Odůvodnění rozhodnutí.....	185
6.5	Uložení povinnosti podat návrh na zahájení řízení ve věci samé	186
6.6	Nařízení předběžného opatření jen na určenou dobu .	189
7.	Prostředky (způsoby) zajištění, resp. úpravy předběžným opatřením (§ 76 odst. 1 OSŘ)	189
7.1	Placení výživného a poskytnutí (části) pracovní odměny.....	191
7.2	Složení do úschovy u soudu.....	193
7.3	Nenakládání s určitými věcmi nebo právy.....	194
7.4	Příkaz něco vykonat, něčeho se zdržet nebo něco snášet	195
8.	Vydání (vyhlášení) a doručení, vykonatelnost a závaznost, zvláštní účinky předběžného opatření (§ 76c, 76d, 76e, 76g a 76f OSŘ).....	196
8.1	Vydání (vyhlášení) a doručení.....	196
8.2	Vykonatelnost předběžného opatření.....	197
8.3	Závaznost předběžného opatření.....	198
8.4	Zvláštní účinky předběžného opatření	199
9.	Zánik a zrušení předběžného opatření (§ 77 OSŘ)	200

9.1 Zánik předběžného opatření	201
9.2 Zrušení předběžného opatření	202
10. Náhrada škody a jiné újmy (§ 77a OSŘ).....	204
11. Náhrada nákladů řízení (§ 145 OSŘ)	206
12. „Zvláštní“ předběžná opatření podle ZŘS.....	209
12.1 Předběžná opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí	210
12.2 Předběžná opatření upravující poměry dítěte	219
Závěr.....	228
Shrnutí	231
Summary	233
Anotace	235
Abstract	235
Klíčová slova	236
Key words	236
Seznam použitých zkratk.....	237
Seznam citované literatury	240

Úvod

1. Nástin problematiky

Předběžná opatření představují svébytný prostředek *zajištění ochrany* subjektivního práva, který zajišťuje jeho efektivní ochranu (tj. dopomáhá) tam, kde na to obvyklá cesta přes klasické civilní řízení svými postupy „výjimečně“ (zejm. pro nedostatek rychlosti) nestačí. To však lze s ohledem na zachování garancí řádného civilního procesu pouze *předběžně*, tj. zejm. s výhradou „justifikace“ v obvyklém civilním řízení, resp. pod dalšími zárukami časové omezenosti trvání předběžného opatření. Až tam, kde efektivní ochraně práva nestačí (nestíhá) posoudit ani předběžné opatření, příp. jiný instrumentalizovaný prostředek ochrany práva prostřednictvím vrchnostenské moci (buď zvláštní, anebo jiné provizorní řízení, příp. opatření), lze zvažovat použití dovolené *svépomoci* (§ 14 ObčZ).

Současná právní úprava předběžných opatření je důsledkem historického *vývoje*, zejména směřujícího k vymýcení (omezení) svépomoci na straně jedné, jakož i zvláštních „zrychlených“ procesů, ať již kazuistických, či sumárních¹ na straně druhé, a to cestou jejich zobecnění a sjednocení. O tom, že uvedený vývoj není jednosměrný, ba naopak zažívá různé peripetie a návraty, není pochyb. Svědčí o tom např. předběžná opatření, která nepředpokládají justifikaci v navazujícím řízení o věci samé vůbec, anebo ji nečiní povinnou. Omezení své použitelnosti mohou předběžná opatření doznat i v důsledku existence či extenze dalších právních výdobytků *provizorní* ochrany, jako např. předběžné vykonatelnosti.

Český OSŘ upravuje shodně s rakouskou tradicí „jednotné“ předběžné opatření, míněno bez terminologického rozlišení na arest a předběžné opatření, které je typické pro Německo. Avšak již jen pohled na uvedené tři „příbuzné“ právní řády dává seznat, že samotné provedení v zásadě totožného institutu vyznává *markantní odlišnosti*. Jde např. o otázky, zda předběžné opatření vyvolává věcněprávní účinky zajištění zřízení zástavního práva (Německo), zda je zásadně přípustěno dovolání ve věcech předběžných opatření (Rakousko), zda se náhrada škody vzniklé z předběžného opatření uplatňuje v obecném procesním řízení (Německo a ČR) atd.

Řízení o návrhu na vydání předběžného opatření bývá označováno jako *sumární* (z důvodu omezení důkazních prostředků a uplatnění osvědčování) a *nalézací* (z důvodu předmětu řízení, který však není tzv. věcí samou). Obojí pojmová charakteristika však vyžaduje bližší vysvětlení. Sumárnost v případech předběžných opatření totiž zásadně nezahrnuje pro skutečné sumární řízení typický prvek absence jakékoli následující justifikace práva v řádném řízení. Nalézací charakter předběžného řízení je pak „ozvláštněn“ některými prvky svébytného výkonu rozhodnutí, prováděného *ex*

¹ Tj. nalézacích řízení s omezenými garancemi správnosti a bez možné nápravy (narovnání) v řádném procesu.

offo v rámci předběžného řízení.

Výše provedená základní charakteristika „zvláštního“ institutu předběžných opatření naznačuje existenci celé řady otázek, které je třeba z pohledu teorie i praxe zkoumat. Zkoumání institutu předběžných opatření v této práci má svůj základ v osvědčených metodách, zejm. komparativní analýze, jazykovém, historickém, systematickém a teleologickém zkoumání (výkladu) právní úpravy, včetně důrazu na požadavky, které plynou či „prozařují“ z instrumentů práva ústavního a práva států Rady Evropy (EÚLP). Je snahou této práce, komplexně popsat a analyzovat institut předběžných opatření, zaměřit se na související otázky, zejména ty sporné, v recentním českém právním prostředí neřešené či řešené věcně nesprávně, jakož i přispět v hledání řešení tím, že jsou prezentovány výsledky právní analýzy a vlastní názory, podložené uvedeným přístupem (komparací atd.).

2. Praktická relevance institutu předběžných opatření

O praktické relevanci institutu předběžných opatření nelze pochybovat. Předběžná opatření se zařadila – v ČR v posledních 25 letech velmi výrazně – do běžně používaného instrumentária „zbraní“ procesních stran (účastníků). Jde o zbraň používanou statisticky stále častěji a ve stále barvitější paletě případů. Sféra využití se rozšiřuje z „tradičních“ oblastí práva soutěžního, korporátního, duševního vlastnictví či rodinného např. do oblasti života spolků, „stávkového práva“, sportovního práva, elektronického obchodu i politiky. Vnímání předběžného opatření zaznamenalo značný posun v očích ÚS, jakož i ESLP, které řízení o vydání předběžného opatření začaly poměřovat parametry „spravedlivého procesu“. Z nových trendů lze též zmínit případy, kdy se hovoří o tom, že předběžné řízení nejednou prakticky vytěsnil řízení ve věci samé, které se již z těch či oněch důvodů neuskuteční (srov. marg. č. 125 a násl.).²

² Obdobně k praktické relevanci např. *König, B.* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 6 a násl. (Rakousko); *Walker, W.-D.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 18 a násl. (Německo).

3. Stav problematiky v právní teorii

Česká právní úprava předběžných opatření nebyla podrobena ani hlubšímu zkoumání ve smyslu pátrání po podstatě problematiky předběžných opatření, jak se stalo např. v Německu,³ ani dosud nebyla vydána publikace komplexněji se tematikou zabývající.⁴ Přitom by bývalo bylo na co navazovat, uvážíme-li, že již v roce 1905 profesor Německé univerzity v Praze A. Rintelen vydal na téma předběžných opatření obsáhlou monografii.⁵

Nelze přehlédnout současnou českou komentářovou literaturu,⁶ zabývající se zákonými ustanoveními upravujícími předběžná opatření, avšak hodnotit ji lze, oproti zahraničním komentářům,⁷ jako přeci jen „úzc“ svázanou s tím kterým komentovaným paragrafem (byť tomu tak částečně je z povahy smyslu komentáře).

Z hlediska recentní odborné literatury časopisecké lze vysledovat jednoznačně zvýšený zájem o zkoumanou problematiku (byť *parciálně* orientovaný⁸), což je trend jistě spojený se znovuobnovením, resp. zvýšením významu praktického použití předběžných opatření v nejrůznějších sférách společenských vztahů, zejm. v porovnání s dobou útlumu v předrevolučním období a poměrech.⁹

Potřebu docílit lepší orientace v problematice, v níž zřejmě i z nedostatku předem zmíněných základů leckdy soudní praxe toliko „tápe“, dokládá nedávno vydaný přehled judikatury ve věcech předběžných opatření.¹⁰

³ Srov. kupříkladu s Německem: Baur, F. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967; Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971; či v Rakousku Konecny, A. Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Wien : Manz, 1992.

⁴ V Rakousku je takovou publikací od roku 1994 vycházející monografie König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, v Německu se problematikou detailně zabýval zejm. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, vedle toho existují i praktické příručky, jako např. Kleveman, D. (ed.) Anwalts-Handbuch Einstweiliger Rechtsschutz. 2. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2013.

⁵ Rintelen, A. Die einstweilige Verfügung. Wien : Manz, 1905.

⁶ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009; David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009; Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013; Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013; Škárková, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009.

⁷ V Rakousku např. Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009; Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008. V Německu např. Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011.

⁸ Hrbek, J. Ještě nad novelou o s. ř. (jistota při předběžném opatření). Bulletin advokacie, 2005, č. 10, s. 49–50; Svoboda, K. Kdo odpovídá za škodu z nezákonného předběžného opatření. Právní rozhledy, 2008, č. 13, s. 485–488; Čuhelová, K., Špáčil, O. Předběžné opatření u domácích porodů. Právní rozhledy, 2013, č. 12, s. 438–444.

⁹ Zde lze poukázat prakticky jen na tehdejší komentáře: Handl, V., Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha : Panorama, 1985; Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970.

¹⁰ Svoboda, K. Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013.

Výše uvedené opravňuje učinit závěr, že problematika předběžných opatření je aktuální a na poli českého práva hodná uceleného zpracování (o což se tato práce v rámci daného rozsahu snaží).

4. K použité metodě (struktura a postup práce)

Jak již naznačeno, není cílem této práce podat *toliko* rozbor platné české právní úpravy.

Snahou je pátrat po „kořenech“ a smyslu, zkoumat zařazení právní úpravy předběžných opatření do systému ochrany subjektivních práv a vztahy (vymezení) k příbuzným institutům, komparovat zahraniční právní řády (zejména ten německý a rakouský), jakož i dřívější právní úpravy, sledovat vývoj na úrovni ústavní, resp. ESLP, formulovat základní zásady ovládající předběžná řízení, resp. opatření atp. Z hlediska takto vymezeného přístupu se jako vhodná metoda jeví uspořádání jednotlivých problémů do užších tematických okruhů či otázek, které jsou jednotlivě rozbrány (viz obecná část této práce v kapitolách I až IV).

Na těchto „obecných základech“ pak lze lépe stavět (kritický) výklad současné právní úpravy a s ním spjaté úvahy *de lege ferenda* atp. (viz zvláštní část této práce v kapitole V), byť specifika české právní úpravy jsou začasté zmíněna již v obecné části.

K prověření správnosti přijatých závěrů a rovněž ke konkretizaci (zvýšení srozumitelnosti) někdy abstraktněji formulovaných pravidel slouží příklady, čerpané z praxe i samostatně formulované.

Jelikož výklad výše naznačuje, že teorii i praxi „chybějí“ odpovědi na některé základní otázky, není ambicí této práce zkoumat každý detailní problém, který se v praxi objevuje, zejm. pokud jde o související (z pohledu OSŘ vzdálenější) právní úpravy (např. zvláštní předběžná opatření v konkursu atp.). Lze však současně doufat, že k řešení uvedených partikulárních problémů budou obecné úvahy (ve smyslu subsidiárně použitelných pravidel) s to přispět.

Pochopitelně můj náhled na zkoumanou problematiku může být odlišný od právních názorů jiných.¹¹ I těm však má hlavně obecná část této práce ambicí poskytnout základ pro vlastní argumentaci (v teorii i praxi), zejm. v podobě přehledu problematiky, popisu a hodnocení cizích či dřívějších právních úprav atp.

¹¹ Zvláště se to projevuje v části této práce, která zkoumá platnou českou právní úpravu. Po vzoru německém a rakouském výslovně na *odlišné* názory upozorňuji. V české procesualistické *komentářové* literatuře se s tímto „standardem“ (explicitní konfrontací názorů) příliš nesetkáváme.

KAPITOLA I.

Použitá terminologie a základní pojmosloví (provizorní a předběžná ochrana)

Začneme tvrzením, že ochrana poskytovaná prostřednictvím předběžných opatření spadá do širšího okruhu povahově podobné ochrany, kterou lze nazvat *ochrana provizorní*; ta se děje *provizorními opatřeními*.

Ne nadarmo se říká, že každá definice má svá úskalí, např. že je příliš široká, úzká, zavádějící, vyvolává rozpaky, příp. že je přímo chybná. Není proto mou ambicí přijít na tomto místě a níže s perfekcionisticky dokonalými definicemi. Vycházím však z toho, že každá právní disciplína využívá určitého pojmosloví, zavádí pojmy a při použití těchto pojmů pak alespoň intuitivně tuší, „o čem je řeč“. S vědomím výše uvedeného se „přesto a právě proto“ pokusím o definiční vymezení provizorní ochrany (dalších pojmů) s tím, že povaha provizornosti je jistě intuitivně vnímatelná a leckdy tato intuitivnost bude lepším vodítkem nežli subsumpce pod sebelepší definici. Pro účely této práce, jak odpovídá jejímu názvu, přitom zůstávám na poli civilního soudnictví.

Za provizorní opatření považuji opatření, kterými typicky civilní *soud* reaguje na určité nebezpečí hrozící určitému právnímu¹² statku (*ohrožení*) tím, že (zásadně) *dočasně* (mezitímně) *zajišťuje* právní postavení, resp. pozici (potenciálně) oprávněného účastníka, a to *obvykle ve vztahu* k (předpokládanému) řízení hlavnímu (tj. řízení, které obsahově jde nad rámec „pouhého“ zajištění). Právní, resp. soudní ochranu poskytovanou prostřednictvím těchto opatření lze označit za ochranu provizorní.

Příklad:

Provizorní ochrana zahrnuje kromě institutu předběžných opatření ochranu poskytovanou v řízení o zajištění důkazu, dále odklad právní moci nebo vykonatelnosti v rámci řízení o opravných prostředcích, odklad vykonatelnosti v rámci exekučního řízení, soudní závěry, soudcovské či exekutorské zástavní právo, institut předběžné vykonatelnosti, exekuci k zajištění podle rakouského práva atp. Pod provizorní ochranu lze zahrnout i tzv. poznámku spornosti, jejíž vyznačení v českých zemích spadá do působnosti katastrálních úřadů, avšak dříve a v Rakousku dodnes je „evidence“ nemovitostí včetně souvisejících činností vykonávána soudy.

Zvláštní postavení má řízení na ochranu rušené držby, jehož výsledek též vykazuje aspekt provizornosti (srov. marg. č. 53); jde minimálně o příbuzný institut, resp. historicky podmíněné zvláštní řízení, které v sobě nejednou neslo prvky sumárnosti nebo předběžnosti (zvláště při rozdělení na tzv. *possessorium summarissium* a *possessorium ordinarium*).

Na druhou stranu, kromě argumentu české zákonné úpravy, která upravuje tzv. „*přetorský smír*“¹³ v rámci „činnosti soudu před zahájením řízení“, tj. vedle předběžných opatření a zajištění důkazu,

¹² Právem chráněnému.

¹³ Viz § 67 až 69 OSŘ.

nevidím věcný důvod, proč smírčí řízení řadit mezi provizorní (zajišťovací) řízení;¹⁴ ostatně klasický smír (podle § 99 OSŘ) do této kategorie neřadí snad nikdo.

Na základě výše uvedeného vymezení toho, do jakého okruhu problematiky tato práce spadá, a ve vztahu k čemu tedy bude nutné ji vymezit (odlišit), lze přistoupit k definování některých dalších pojmů, se kterými tato kniha pracuje, které budou blíže ozřejměny, a které tedy na úvod vyžadují vysvětlení:

1

- *Předběžnou ochranou* rozumím provizorní ochranu práv poskytovanou (civilními) předběžnými opatřeními, ať již v právu českém,¹⁵ nebo zahraničním.¹⁶
- *Zajišťovací nebo předběžné řízení* používám jako synonymum řízení o návrhu na vydání předběžného opatření podle OSŘ, příp. obdobné řízení podle zahraničního práva; jak bude dále rozvedeno, účelem tohoto řízení je vždy *zajištění* práva (i ve smyslu zajištění úpravou právních poměrů). Za *zajišťovací řízení* v širším smyslu lze označit jakékoli „řízení“, resp. jeho stadium, v jehož rámci je rozhodováno o provizorním opatření.
- *Hlavním řízením* rozumím, jak výše uvedeno, obvykle (potencionálně) ve vztahu k řízení (institutu) poskytujícímu provizorní ochranu předpokládaně jiné civilní soudní řízení, které obsahově jde nad rámec „pouhého“ zajištění; zejm. jde o *obvyklé* řízení nalézací nebo exekuční (vykonávací).
- *Zatímní (předběžná) opatření* definuji jako předběžná opatření podle § 74 odst. 1 nebo § 102 odst. 1 OSŘ, vždy první alternativa (tj. nařizované, je-li třeba, aby zatímně byly upraveny poměry účastníků), resp. jejich zahraniční ekvivalenty.
- *Zajišťující či zajišťovací (předběžná) opatření* definuji jako předběžná opatření podle § 74 odst. 1 nebo § 102 odst. 1 OSŘ, vždy druhá alternativa (tj. nařizované, je-li obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl, resp. mohl být ohrožen), resp. jejich zahraniční ekvivalenty.
- *Předběžná opatření s efektem plnění* (tzv. *Leistungsverfügungen*) lze představit jako ta předběžná (se vši pravidelností zatímní) opatření, u kterých lze mít za nepochybné plnění („navrhovatelovo uspokojení“) ve vztahu k nároku, který je v předběžném řízení zajišťován a který je (potenciálním) předmětem řízení ve věci samé. O této kategorii se mluví v důsledku toho, že některá zatímní opatření mohou být předmětem diskuze co do míry plnění ve vztahu k zajišťovanému nároku. Jsem však zastáncem (nikoli nesporného) názoru, že u valné většiny veškerých zatímních opatření lze mít za to, že alespoň po dobu jejich trvání je dána jejich schopnost nárok ve věci samé uspokojovat. Naopak spíše výjimečná budou zatímní opatření využívající ryze zajišťovací způsob zajištění [což je důsledkem

¹⁴ Srov. Zoulík, F. in Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. Část první. Řízení nalézací. 7. vydání. Praha : Linde, 2014, s. 41.

¹⁵ Srov. základní úpravu § 74 a násl. a § 102 OSŘ.

¹⁶ V Německu jde o arest a předběžná opatření podle dZPO.

toho, že zatímní opatření *vytvářejí* prozatímní, resp. mezitímní úpravu (právního vztahu]. Valná většina zajišťovacích předběžných opatření je realizována zajišťovacím způsobem, který nevyvolává pochybnosti o tom, že nárok ve věci samé uspokojovat nemohou. Výjimkou (problémem) však je, pokud u zajišťovacích předběžných opatření není dostupný ryze zajišťovací prostředek zajištění, takže nezbyvá, než nárok „zajistit“ prostředkem, který vede k jeho uspokojení. Jinými slovy je nezbytné, aby byl přijat způsob zajištění, který je ve faktické rovině ve vztahu k nároku uspokojující. Důsledkem a důvodem odlišení této výjimky pak je (dle mého přesvědčení) potřeba v rámci zkoumání zajišťovacího důvodu brát v potaz všechny aspekty, které jsou předmětem zkoumání při vydávání zatímního opatření, tedy provést tzv. *vyvažování zájmů stran*¹⁷ (blíže srov. marg. č. 25 a 112).

- *Zajišťující (předběžná) opatření v širším slova smyslu* jsou jak zatímní, tak zajišťující předběžná opatření. Jak u zatímních, tak u zajišťujících předběžných opatření se předpokládá určitý tzv. zajišťovací důvod (nebezpečí), před jehož realizací předběžné opatření chrání.
- *Exekuční řízení* používám jako pojem, který zahrnuje vykonávací (exekuční) řízení jak podle § 251 a násl. OSŘ (tj. výkon rozhodnutí), tak podle EŘ (tj. exekuci), případě řízení podle obdobných zahraničních právních předpisů.

Z výše provedeného rozlišení by zejm. mělo být patrné, že provizorní ani předběžná ochrana není poskytována tam, kde jde o rozhodování *ve věci samé*, ani tam, kde jde o *mimosoudní* možnosti provizorní úpravy do doby konečného soudního rozhodnutí (např. v rámci smluvního práva).

KAPITOLA II.

Historický vývoj institutu předběžných opatření

1. Kořeny právní úpravy předběžných opatření

Historický základ (původ) německé a rakouské (tím pádem i české) „předběžné ochrany práva“ (*Arrestrecht*), který byl *promítnut* do pozdějších *právních* úprav platných v uvedeném zeměpisném teritoriu, nalezneme v germánském právu svémocného „zadržného (zabavovacího) práva“ (*Pfändung*). To obecně dovolovalo věřiteli svémocně zadržet (zprvu po trojím varování) osobu dlužníka, resp. svémocně zajistit (zabavit) jeho majetek.¹⁸ Tento způsob (prostředek) *prosazení* práva směřující zejména proti „prchájcím“ dlužníkům (*Fugitivenarrest*), dlužníkům z cizích krajů (*Frem-*

¹⁷ Čímž se způsob posuzování tzv. zajišťovacího důvodu stává obdobným tomu u předběžných opatření zatímních.

¹⁸ Wach, A. Der italienische Arrestprozess. Leipzig : Haessel, 1868, s. 2.

den-arrest), resp. „zemřelým dlužníkům“ (*Nachlassarrest*), doznával různorodých podob a dotváření v závislosti na okruhu daného teritoriálního (státního či městského) práva.¹⁹ Nešlo tedy jen o zajištění, ale současně se jednalo i o *uspokojení* ze svémocně faktickou mocí uchopených předmětů, a to navíc s právem přednostního uspokojení před ostatními věřiteli.

Odklon od svémocného zadržovacího (zabavovacího) práva jakožto soukromé exekuce byl pozvolný. Nejprve se objevuje žalobní právo dlužníka *namítat* oprávněnost uplatnění svémocného zadržení, které přechází v povinnost věřitele svémocné zadržení (zajištění) obhájit (*justifikovat*). Nakonec je případně možná svévole věřitele vyloučena tím, že je vyžadováno soudně *povolné*, avšak věřitelem samým realizované zajištění (*Arrestanlegung*).²⁰ V rámci jednoho urychleného řízení, jehož předmětem je jak přezkoumání oprávněnosti zajišťovacích opatření, tak oprávněnosti „ve věci samé“, dochází k uspokojení věřitele z předmětu zajištění.²¹

Pod vlivem italské jurisprudence se posléze prosazuje pojetí, podle kterého není zajišťovací řízení (*Arrestverfahren*) vhodné pro definitivní vyřešení sporu (věci samé) a současně by dlužník měl být oprávněn docílit přezkoumání rychle provedeného zajištění.²² Tím z italského práva přichází myšlenka *oddělení* zajišťovacího řízení od řízení ve věci samé a současně omezení zajišťovacího řízení skutečně jen na zajištění (*Sicherung*) ohrožených práv.²³ Italská právní nauka konečně na zajišťovací řízení aplikuje (dříve známá) pravidla sumárního důkazního řízení (*summarisches Beweisverfahren*), ve kterém není vyžadován pevný důkaz, ale stačí osvědčení předpokladů (pro zajištění). Uvedené charakteristiky a tendence italského práva se stávají na území německých států a měst v 15. a 16. století předmětem recepce.²⁴

Další tendence odklonu od „starého“ práva spočívá v dalším posílení myšlenky *zajišťovací* funkce, včetně toho, že věřiteli již nepřísluší přednostní uspokojení ze zajištěných předmětů, které dlužníkovi odňal.²⁵ Tyto principy se promítají jak do rakouského obecného soudního řádu z roku 1781, tak do pruského obecného soudního řádu z roku 1793. Oba zákony nerozlišují mezi zajištěním peněžitých pohledávek a jiných nároků. K zajištění nároků připouští v zásadě jen *Arrest*, uložení (*Verwahrung*), sekvestraci (*Sequestration*) a soudcovské zákazy (*richterliche Verbote*).

Vývoj 18. století se však zejména zasloužil o zobecnění kazuistických výčtů důvodů zajištění (*Arrestgründe*), které nahradil abstraktní formulací – důvodem zajištění má

¹⁹ Srov. Planitz, H. Grundlagen des deutschen Arrestprozesses. Leipzig : Meiner, 1922.

²⁰ Wach, A. Der italienische Arrestprozess. Leipzig : Haessel, 1868, s. 37; Planitz, H. Grundlagen des deutschen Arrestprozesses. Leipzig : Meiner, 1922, s. 33.

²¹ Wach, A. Der italienische Arrestprozess. Leipzig : Haessel, 1868, s. 37.

²² Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 6.

²³ Wach, A. Der italienische Arrestprozess. Leipzig : Haessel, 1868, s. 37; Rossenber, L. Lehrbuch des Zivilprozessrecht. 3. vydání. Berlin : Liebmann, 1931, § 217 I.

²⁴ Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 6.

²⁵ Stern, J. Arrest und einstweilige Verfügungen nach der deutschen Zivilprozessordnung. Berlin : Franz Vahlen, 1912, s. 171 a 174.

být zmaření nebo ztížení exekuce.²⁶

Do 19. století probíhá vývoj institutu zajišťovacích opatření v německých státech, včetně Rakouska, v duchu výše uvedených zásad,^{27, 28} tj. v zásadě podle vzoru obecného německého procesu.²⁹ Ke změně dochází vlivem velkých procesních kodifikací. Německý zákonodárce se v dZPO především vrací k přednostnímu právu na uspokojení, které vyvěrá ze zajištění, zatímco zákonodárce rakouský se v EO drží tendence obecného práva, které opustilo pojetí přednostního uspokojení věřitele, tj. které se charakterově přibližuje „zástavnímu právu“. Tím již se však z pohledu Rakouska a Německa dostáváme k platné úpravě, neboť uvedené kodexy i jejich základní teze platí dodnes. Z hlediska výkladu a pro detailnější pochopení kořenů dnešní právní úpravy však bude vhodné se podrobněji vrátit jak k zásadám obecného německého procesu, tak k tzv. josefinskému soudnímu řádu (viz marg. č. 5), o kterém je tvrzeno, že jeho přijetí znamenalo zánik starého českého soudnictví.³⁰ To výše reflektuji zejm. tím, že se zabývám kořeny stávající právní úpravy z hlediska jejich *právních* předchůdců.

Vývoj předběžných opatření, která označuji jako *zatímní*, byl poněkud odlišný. V návaznosti na starší instituty zná také obecný německý proces vedle arestu několika zvláštních „dekretů“ (např. v případech sporů o držbu nebo tzv. mandátního procesu), které měly sloužit k zajištění před újmou vyplývající z nejistoty ohledně sporného právního vztahu a které se obecně označují za předchůdce „zatímní ochrany“ podle § 940 dZPO a § 381 bodu 2 EO.³¹ V Německu se snaha o prvotní zobecnění objevuje v návrhu pruského procesního řádu z roku 1864, kde se po boku „zajištění práv“ objevuje „prozatímní uspořádání sporných právních vztahů“.³² Z pohledu rakouské (české) právní úpravy lze mít za to, že v základech předběžných zatímních opatření stojí zobecnění myšlenky vlastní prozatímním opatřením vydávaným v rámci (v *průběhu*) řízení o rušení držbě,³³ kterými mělo především být zabráněno svémocným útokům stran, resp. předejito nenávratné škodě a nastoleno jakési „mezitímní příměří“. Návrh rakouského EO tak vědomě přistupuje k vytvoření zobecněné druhé kategorie předběžných opatření, která mají předejít uvedeným nebezpečím, a tím sloužit o něco více než k zajištění subjektivního práva („*zur Sicherung*“), k jeho dobru, zachování či podpoře („*zu Gunsten*“).³⁴ Do jaké míry se následný vývoj ve

²⁶ Planitz, H. Grundlagen des deutschen Arrestprozesses. Leipzig : Meiner, 1922, s. 94.

²⁷ K tehdejší úpravě v Rakousku srov. např. Ullmann, D. Das österreichische Zivilprozessrecht. 3. vydání. Prag, Leipzig, Berlin : F. Tempsky, G. Freytag, Carl Heymanns, 1885, s. 498 a násl.

²⁸ K tehdejší úpravě podle obecného německého civilního procesu srov. např. Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 117–125.

²⁹ Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 7; Vogt, S. Einstweiliger Rechtsschutz und Vorläufige Vollstreckbarkeit. Berlin : Duncker und Humblot, 1991, s. 33 a násl.

³⁰ Klabouch, J. Staré české soudnictví. Praha : Orbis, 1967, s. 387.

³¹ Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 7.

³² Vogt, S. Einstweiliger Rechtsschutz und Vorläufige Vollstreckbarkeit. Berlin : Duncker und Humblot, 1991, s. 33.

³³ Císařské nařízení z 27. 10. 1849.

³⁴ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání.

směru předběžných opatření s efektem plnění ubíral v rámci této kategorie nebo mimo ni (*preter* či snad *contra legem*) soudcovským dotvářením práva, je předmětem neutu-
chajících diskuzí, které se bezesporu odvíjí od méně či více svazujícího textu zákona
(v zásadě v následujícím pořadí od nejvíce svazujícího – Rakousko, Německo, ČR).
Předběžná opatření s efektem plnění představují soudobě téma natolik kontroverzní,
že jeho pojednání o něm nelze než zařadit do části pojednávající o soudobých problé-
mech předběžné ochrany.

2. Charakteristika provizorních opatření podle obecného německého procesu a zásady jej ovládající

Obecný německý proces předvídal možnost vydání tzv. provizorních opatření, jejichž
právní úpravu představují ve „vykrytalizované“ podobě, tak jak ji podávala právní
nauka v polovině 19. století.³⁵

Na institut provizorních opatření se na obecné úrovni aplikovaly následující zásady,
resp. soudci bylo přikázáno zohlednit následující momenty, které si dodnes (zejm.
vahu své *rationality*) zachovávají svoji platnost. Jde zjevně o precizní pravidla, která
se vyvinula na podkladě historických a praktických *zkušeností* spojených jednak
s monopolizací dovolného donucení do rukou státu a jednak nutností zajištění *efek-
tivní* ochrany *obou* stran sporu, včetně jejich procesních možností. Charakteristiku
provizorních opatření lze bodově shrnout takto:³⁶

1. Soudcem vydané provizorní opatření musí mít pouze a jen *účel* zabránit si-
tuaci, že by v době před ukončením právního sporu ve věci samé byla vy-
stálými okolnostmi ohrožena realizace sporného práva anebo že by ze
soudu předestřené sporného poměru vyvstaly okolnosti, které by ohrožo-
valy právní pořádek (*Rechtsordnung*). Přitom je třeba brát ohled na to, že
přijatá opatření sice mohou *odvracet* řečené *ohrožení*, avšak samy mohou
vyvolat újmu skutečnému oprávněnému, která nemusí být konečným roz-
hodnutím zcela odstranitelná.
2. Soudcem vydané *provizorní* opatření je charakterizováno tím, že musí
být vydáno *vedle* jiné hlavní sporné věci a vytvoří stav, jehož existence
a trvání je myslitelné právě a jen vedle uvedené hlavní věci. Vytvořený
provizorní stav tak musí *sloužit* účelu (tj. být jen prostředkem pro dosa-
žení účelu) jiného právního sporu. Uvedeným se odlišovala tzv. práva
provizorní opatření od provizorních opatření jiných. Není tedy násled-
kem skutečného provizoria provizorní stav vytvořený v důsledku dosa-

Wien : Manz, 2012, s. 19.

³⁵ Zejm. Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses, 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845.

³⁶ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses, 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 117 a násl.

žení účelu samostatného, na jiném řízení nezávislého procesu (jehož ukončením je soudu přednesený sporný poměr stran formálně definitivně vyřízen). Stejně tak nejde o pravé provizorium tam, kde je opatřením vytvořený stav definitivní, avšak strany mají možnost o něm nechat znovu rozhodnout v případně navazujícím řízení.

3. Předmětná provizorní opatření jsou ovládána následujícími obecnými zásadami a pravidly:
 - a. Provizorní opatření se vydávají *na návrh*, jde-li o čistě soukromé právo. Zvláště tam, kde je dotčeno obecné blaho, je však oprávněn soud zasáhnout *z moci úřední*.
 - b. Pravé provizorní opatření se uplatní *ve všech řízeních* (resp. ve vztahu k nim), včetně těch, které samy směřují k úpravě provizorního charakteru, jako např. *possessorium summarium*, a to v jakékoli fázi těchto řízení. Provizorní opatření je však přípustné žádat i před podáním žaloby ve věci samé.
 - c. Provizorní opatření musejí být *přiměřená* stupni ohrožení a podle něj se co do výběru a způsobu uplatnění řídit.
 - d. Na *věc samou* nemá provizorium jakýkoli vliv, zejm. nezakládá překážku litispendence a ničeho *neprejudikuje*.
 - e. Vydané provizorní opatření musí směřovat k vytvoření stavu, který pokud možno oběma *stranám co nejméně škodí*. Nesmí pak být nařízen provizorní stav, jehož existence znamená pro odpůrce větší ohrožení a méně nahraditelné újmy, než upuštění od vydání opatření znamená pro navrhovatele (tj. jeho újmu by bylo lze lépe nahradit a jeho ohrožení je menší).
 - f. Nebezpečí, které má být provizorním opatřením odvráceno, a právo, jehož ochrana je sledována, musí být *osvědčeno*, nebo učiněno pravděpodobným. Plný důkaz požadován být nemůže. Účelem opatření je totiž odstranění nebezpečí, s kterým není slučitelný časový náklad potřebný na opatření plného důkazu. Určování *stupně* požadované pravděpodobnosti závisí částečně na menším či větším významu navrhovaného provizoria a částečně na velikosti nebezpečí. Čím je provizorium samo méně významné (např. personální arest je významnější zásah než arest reálný), resp. nebezpečí je větší, tím nižší stupeň pravděpodobnosti je zapotřebí. K „náhradnímu“ dosažení potřebného stupně pravděpodobnosti může sloužit uložení povinnosti složit kauci.
 - g. *Procesně* musí být v *návrhu* na vydání provizorního opatření (odhlíženo od provizorních opatření vydávaných *ex officio*) uvedeno právo, k jehož zajištění provizorní opatření slouží, nebezpečí, k jehož odvrácení má být vytvořen provizorní stav a způsob navrhovaného odvrá-

cení nebezpečí. Současně je třeba provést osvědčení nebo označit prostředky, kterými se osvědčení navrhuje a které má soudce využít. Jmenovitě může jít zejm. o soudcovské ohledání, kterým soudce nejlépe získá představu o nutnosti provizoria i o nejvhodnějším způsobu jeho provedení. Pokud pro navrhované opatření není dostatek osvědčení, omezí se soud na opatření odpovídající očividnému nebezpečí a vyzve navrhovatele, aby doplnil potřebné pro „plné“ osvědčení.

- h. Pokud je osvědčen potřebný stupeň pravděpodobnosti ve výše uvedeném smyslu, je odpůrci sdělen návrh navrhovatele, aby se tento mohl bránit, a to současně s vydaným opatřením, není-li opatření vydáváno až po slyšení odpůrce. To, zda má dojít ke slyšení odpůrce před vydání provizorního opatření, závisí na tom, zda odstranění nebezpečí (tj. účel provizorního opatření), lze dosáhnout i přes časový odstup, který je se *slyšením odpůrce* spojený.
- i. V každém případě pak musí být odpůrci dána možnost alespoň po vydání provizorního opatření se právně bránit. Po odstranění nebezpečí již není sebemenší důvod zkracovat právo na obranu. Obvykle je nařízeno ústní *jednání*, ke kterému je odpůrce předvolán. Obrana spočívá v tom, že odpůrce prokáže, že neexistuje právo, jehož zajištění se dovolává žalobce, nebo že není dáno nebezpečí, kterého se žalobce dovolává, nebo že se zpochybní dostatečné osvědčení podmínky pro vydání provizorního opatření, anebo právem uplatní, že je vydané opatření nepřiměřené. Odpůrce také může navrhnout poskytnutí jistoty, která bude naplňovat účel provizorního opatření. Na základě uvedeného soudce provizorní opatření potvrdí, změní nebo zruší.
- j. Pokud je návrh zamítnut, má navrhovatel možnost podat *opravný prostředek*. Může ale také novými důvody a změněnými okolnostmi odůvodnit *návrh nově* podaný. Vydanému (potvrzenému) opatření se odpůrce může bránit, ovšem bez výhody suspenzivního účinku. Za účelem zrušení provizorního opatření může odpůrce jak poskytnout *jistotu*, tak se znovu obracet na soud s novými důvody nebo *změněnými skutečnostmi*. Soudce sám je přitom oprávněn jím vydané opatření *změnit* z důvodu změny okolností nebo z důvodu zmenšení či zvětšení nebezpečí, a to na návrh kterékoli strany. Tato možnost soudce změnit své rozhodnutí je dána tím, že pokračování provizorního stavu je dáno přítomností důvodů, které *ho* k vydání *přiměly*, avšak které podléhají změně nebo mohou zcela odpadnout.

Jaká škoda, že si současné české právo v mnoha ohledech k výše uvedeným kořenům (dříve obecně akceptovaným základním zásadám) teprve hledá a musí novodobě alespoň z pohledu ústavního práva znovu najít cestu. Za všechny příklady zmiňuji nedostatečně efektivní opravné, resp. „ochranné“ prostředky ve prospěch odpůrce. Vraťme se však k obecnému procesu, a to v některých jeho konkrétnostech, nejednou

rovněž inspirativních.

3. Zajišťovací arest a sekvestrace podle obecného německého procesu konkrétně

Zajišťovací arest, na rozdíl od arestu exekučního, jehož primárním cílem bylo donucení, resp. *vynucení plnění*, měl zabránit tomu, aby finální realizace práva byla zne-možněna. Arest se objevuje jako prostředek potřebný po odstranění dříve používaného svémocného zajištění (*Pfändung*).³⁷ Zajišťovací arest spočívá v příkazu soudu směřujícímu k zachování možnosti realizace ohrožené pohledávky tím, že určitá osoba je přinucena zůstat na určitém místě (*Personalarrest*) nebo je omezena v možnosti disponovat svým majetkem (*Realarrest*), případně v kombinaci obou (*gemischter Arrest*).³⁸ Předpoklady jsou následující: Na prvním místě zde musí být pohledávka navrhovatele vůči odpůrci, ať již splatná, či nesplatná, podmíněná, či nepodmíněná. Dále je předpokladem existence ohrožení realizace nároku, které nemůže být odvráceno jiným (s menším zásahem spojeným) způsobem (*subsidiarita*). Obava o ohrožení realizace práva byla jediným důvodem pro povolení arestu, přičemž jen někteří přípouštějí, aby důvodem bylo i *ztížení* jeho vymáhání (*Rechtsverfolgung*). Důvodem odmítání takového důvodu arestu byla neurčitost použití, ale také nespravedlnost, neboť stát by měl zasáhnout tam, kde jde o zachování práv, a nikoli jen o usnadnění jejich výkonu.³⁹ Výčet jednotlivých případů ohrožení není možný, jako příklady tak slouží útěk nebo podezření na útěk dlužníka, aniž by tento zanechal majetek, rozhravě chování dlužníka odůvodňující obavu, že pohledávka nebude moci být realizována, to, že dlužník je cizinec podléhající soudům státu, ve kterém není možné se domoci právní pomoci, jakož i zabránění rozdělení dědictví mezi vícero dědiců, což však již byl zajišťovací důvod sporný.⁴⁰ Určité osoby byly z dosahu arestu *vyloučeny* – zejm. vyslanci a osoby vykonávající veřejnou službu. Z hlediska soudní příslušnosti byl k vydání arestu *kompetentní* soud příslušný ve věci samé, avšak přípustěno bylo podat návrh i u každého jiného soudu, v jehož obvodu se nachází dlužník, nebo jeho věci, jestliže skutečnosti zakládající ohrožení působí tak silně, že by je nebylo možné u obecného soudu dostatečně odstranit; to posoudí soud podle existujících okolností (poměrů) nebo podle toho, jestli by u obecného soudu bylo možné dobrat se práva stejně. *Objektem arestu* je dlužník nebo jeho pohledávky a dále pak věci (movité i nemovité), které však nejsou předmětem hlavního sporu (čímž se arest liší přede-

³⁷ Glück, Comm., VI, § 520, s. 331 (citováno podle Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 129, pozn. 1).

³⁸ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 129.

³⁹ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 131 (včetně odkazů na opačné názory).

⁴⁰ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 132 a 133.

vším od sekvestrace).⁴¹ Patrně přitom bylo jisté odstupňování, kdy předmětem arestu byly nejdříve věci, které dlužník nejspíše může postrádat, a jednak reálný (věcný) arest předcházel arestu personálnímu (osobnímu). Pokud by poslední uvedené zásady byly porušeny, mohl dlužník vznést stížnost, kterou mohl dosáhnout změny vydaného opatření.⁴² Provedení (výkon) arestu spočívalo v tom, že movité věci byly vzaty z držby dlužníka do úschovy soudu nebo alespoň soudně zapečetěny anebo jinak zajištěny. Pokud se nacházely v rukách třetí osoby, je této zakázáno s nimi disponovat, a to na vlastní odpovědnost. Případně bylo možné věci podléhající rychlé zkáze soudně prodat a výtěžek uschovat. Ohledně nemovitostí je dlužníkovi zakázáno nakládat s nimi jakkoli v rozporu s účelem zajištění pohledávky. Pokud je objektem arestu pohledávka, je dlužníkovi zakázáno ji vyplatit, a to pod sankcí vlastní odpovědnosti a dvojího placení. Personální arest mohl spočívat v umístění dlužníka do detence, hlídání v místě jeho bydliště nebo přísnejším prohlášení uvolujícím se zákazu opustit místo bydliště. Jakékoli jednání v rozporu s arestem bylo zakázané.

Reálný arest nezakládá *přednostní nebo zástavní právo*.⁴³

V případě, že později vydaný rozsudek odmítl arest jako neprávem uvalený, byl odpůrce oprávněn žádat jak *odškodnění* za porušení cti, tak náhradu škody. Pokud by byly splněny požadavky předmětných zvláštních žalob, mohl odpůrce žádat *odškodnění i po soudci*. Obdobně mohl i neprávem odmítnutý věřitel podat tzv. syndikátní žalobu.

Pokud došlo k vydání opatření, bylo nařízeno justifikační jednání (*Justifikationstermin*), k němuž byly předvolány obě strany.⁴⁴ Jeho účelem bylo jednak dodání případného *blížešího* odůvodnění a úplnějšího osvědčení (nikoli však plný důkaz) ze strany navrhovatele (které nebylo možné z důvodů možného prodlení dříve požadovat), zejm. a někdy výlučně se však dávala odpůrci příležitost se *bránit*. Navrhovatel tedy při *jednání* dodává příp. doplnění a žádá o potvrzení arestu. Odpůrce může namítat zejména nedostatek formálních předpokladů soudního řízení, nedostatky potřebného osvědčení požadavků pro vydání arestu, nebo podat osvědčení opaku anebo namítat nepřiměřenost opatření.⁴⁵ Pouhé popírání existence pohledávky, která je zajištěna arestem, jakož i námitky proti ní, které by její existenci vylučovaly, nemohou být zohledněny, ledaže jsou námitky *okamžitě prokazatelné* (*sofort vollständig liquidiert*

4

⁴¹ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 137.

⁴² Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 138.

⁴³ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 138 a 139.

⁴⁴ V tomto případě se jednalo o „povinnou“ justifikaci vydaného arestu, nikoli justifikaci zajišťované pohledávky, která probíhá v procesu ve věci samé. Mám za to, že uvedená povinná justifikace arestu se v pozdějších právních úpravách modifikuje do práva doposad neslyšeného odpůrce vyvolat přezkoumání arestu na podkladě opravného prostředku (odpor), o kterém rozhoduje soud, který arest vydal (tj. též s možností dalších opravných prostředků – odvolání).

⁴⁵ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845, s. 145.

werden).⁴⁶ Na základě jednání jsou buď námitky odmítnuty a arest je potvrzen, nebo se vyhová námitkám, anebo je v řízení pokračováno do doby, než je možné rozhodnout o potvrzení, zrušení nebo změně arestu.⁴⁷ Opravné prostředky jsou přípustné a využít jich mohou obě strany. Kromě možných nových skutečností a změn je možné dosáhnout změny v důsledku *kauce*, která spočívá např. v tom, že je obstarán zástavce nebo ručitel. Výše kaucí je v první řadě odvislá od odhadu hodnoty objektu zajištění, avšak pokud je zajištěná pohledávka nižší, je v první řadě odvislá od výše této pohledávky.

Zjištění končí ukončením procesu o věci hlavní, nepodáním včasné žaloby ve věci samé, v důsledku opravných prostředků, na základě změny okolností, pokud tak soud rozhodne nebo na základě kaucí.

Sekvestrace byla stručně řečeno pojímána jako provizorní opatření, prostřednictvím kterého je určitá osoba nebo věc, ohledně které panuje v souvisejícím procesu obava z jejího ohrožení, předána do úschovy třetí osobě, čímž je vyloučeno působení protistrany na tuto věc nebo osobu. Věcí může být věc movitá či nemovitá, které se týká spor, nebo jejich užítky. Opatrování věci přebírá sám soud nebo je soud přenechává jiné osobě, což se týká vždy nemovitých věcí a věcí, které vyžadují správu. Platí zde obecná, výše uvedená pravidla platná pro arest.

Výše uvedené zásady *významově* představují zobecněné garance řádnosti procesu, na které mohlo být s ohledem na jejich obecnou platnost odkazováno. Nalok současná právní úprava trpí nedostatkem obdobných garancí, natolik je dnes možné odkazovat na požadavky řádného procesu, vyplývající z ústavního pořádku, případně na působení obdobných zásad silou přesvědčivosti (*ratia*). Výše uvedené „zákonitosti“ *výdobytku* provizorních opatření se též nutně promítly do kodifikovaných procesních zákonů, včetně rakouského EO.

4. Charakteristika právní úpravy provizorních opatření podle JSŘ

Rakouské řešení představoval tzv. obecný nebo též josefinský soudní řád (přijatý patentem ze dne 1. 5. 1781), který vstoupil v účinnost dne 1. 5. 1782. Právní řád té doby⁴⁸ předvídal jak v průběhu, tak před zahájením soudního řízení přijetí takových zabezpečovacích opatření (*Sicherungsmittel*), které měly předejít hrozcím znemožnění nebo ztížení prosazení práva (*Rechtsverfolgung*) nebo které měly uspořádat poměry stran po dobu trvání řízení. Na rozdíl od exekučních opatření charakterizuje zabezpečovací opatření jejich (omezená) účinnost pouze po dobu vedení řízení a dále

5

⁴⁶ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh., 1845, s. 145.

⁴⁷ Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh., 1845, s. 146.

⁴⁸ Podaná charakteristika se zakládá na díle Ullmann, D. Das österreichische Zivilprozesrecht. 3. vydání. Prag, Liepzig, Berlin : F. Tempsky, G. Freytag, Carl Heymanns, 1885, s. 487 a násl.

to, že jejich prostřednictvím na postižených předmětech nevázne věcné právo. Ve 28. až 30. kapitole JSŘ byly jako taková opatření vypočteny *Arrest*, *Verbot auf fahrende Güter* a *Sequestration*. Nauka k opatřením *obdobným* zabezpečovacím připočítávala rovněž poznámku v pozemkových knihách (*grundbücherliche Anmerkung*) týkající se uplatnění (*Aufkündigung*) hypotekární pohledávky nebo zahájení sporu (*Streitanhängigkeit*), které se řídily Grundbuchordnung, a dále poznámku o odporové žalobě (*Anfechtungsklage* podle zákona z 16. 5. 1884). Dále se k zajišťovacím opatřením řadily soudní zákazy stavby, zákazy jednání vyplývajících z držby, včetně její změny, které upravovalo *Besitzverfahren* a *Bestandsverfahren*; tato řízení umožňovala rovněž přiknutí předmětu, kterého se týkal spor, jedné straně. Konečně se mezi ně řadila opatření spočívající v povolení odděleného slušného bydlení pro ohroženou stranu a přiknutí slušného výživného pro družku a dítě v případě rozchodu nebo rozvodu manželství. Zabezpečovací opatření JSŘ, pokud byla získána před zahájením řízení ve věci samé, *musela být „justifikována“* žalobou, podanou nejkrájněji ve 14denní lhůtě (u arestu šlo o lhůtu bez možnosti jejího prodloužení). Arest a soudní zákazy byly vydávány *bez slyšení* protistrany, sekvestrace po jejím slyšení. Justifikační žaloba se u arestu a zákazů musela vztahovat *jen* na důvodnost pohledávky, která byla takto zajištěna. Proti povolení zajišťovacích prostředků byl přípustný pouze rekurs (odvolání).

4.1 Zabezpečovací arest podle JSŘ

Předběžný personální arest předpokládal splatnou pohledávku, obavu z útěku a „způsobilost“ dlužníka stát se objektem arestu (výjimkou v tomto smyslu byli státní úředníci a příslušníci armády). Pohledávka musela být plně *prokázána* listinami, pokud ji dlužník ovšem neuznal, jinak bylo třeba složit kauci na náhradu za zhanobení a škodu (*Kautio für Schimpf und Schaden*) (§ 282 a 291 JSŘ). Obava z útěku musela být *osvědčena* (bez možnosti jakkoli nedostatečné osvědčení „nahradit“ kaucí). Útěkem byl myšlen nejen únik potajmu s úmyslem se skrývat, ale jakékoli vzdálení se dlužníka z bydliště, kterým by uspokojení pohledávky bylo znemožněno nebo ztíženo tím, že by se dlužník dostal mimo příslušnost rakouských soudů. Žádost o arest se vyřizovala *bez jednání*. Pokud byl arest povolen, bylo „vykonavatelí“ uloženo, aby na žádost věřitele provedl výkon, pokud tento složil „alimenty“ na výživu dlužníka (a to podle cenových poměrů a poměrů dlužníka); v opačném případě věřitel ztrácel právo na dlužníkův arest. *Výkon* spočíval v převezení dlužníka a jeho držení ve veřejném vězení. Uvěznění dlužníka mohlo probíhat též v domácím vězení, a to ať na žádost dlužníka, nebo se svolením věřitele. Předběžný arest trval zásadně po dobu neurčitou a byl ukončen tím, že došlo k vyčerpání věřitelem složených alimentů, dále pokud byla na pohledávku složena jistota (o tom, zda je jistota dostatečná, rozhodoval soud urychleně při jednání se slyšením obou stran), dále tehdy, pokud došlo k naverbování dlužníka do armády, anebo v případě, že nebyla pohledávka žalobce „justifikována“. Justifikace pohledávky probíhala jen s ohledem na její existenci (pravost). O této žalobě mělo být rozhodnuto bezodkladně, pokud možno ve 3 dnech (§ 281 JSŘ), tedy

ústně s jednáním, event. sumárně. Pokud nebyla justifikační žaloba včas podána nebo bylo rozhodnuto o neoprávněnosti arestu z důvodu neexistence pohledávky (*Abgang der Forderung*), měl dlužník (odpůrce) právo na spravedlivé zadostiučinění za utrpěnou škodu a zostuzení (*billige Genugthuung für den erlittenen Schimpf und Schaden*). Na základě zákona ze dne 4. 5. 1868 již nebylo možné, aby provizorní vazba přešla ve vazbu exekuční.

4.2 Zabezpečovací zákaz podle JSŘ

Soudní zákaz předpokládal existenci splatné pohledávky, dále pak ohrožení věřitele z důvodu nedostatku jiných dlužnickových platebních možností (*Abgang anderer Zahlungsmittel des Schuldners*) a konečně dlužníkovi náležející, ale v třetích rukách se nacházející hodnotu, tedy nejen věc, ale také peněžitou pohledávku, pokud tyto nebyly obecně vyloučeny z exekuce (§ 283 JSŘ). Pohledávka musela být obdobně jako u arestu prokázána (s možností náhrady kaucí za škodu a zostuzení). Ohrožení muselo být dostatečně osvědčeno (naopak bez možnosti nedostatky v osvědčení nahradit kaucí). Důkaz o existenci dlužnickovy pohledávky pak nutný nebyl. Rozhodnutí bylo vydáváno bez jednání. O zákazu se vyrozuměl dlužník, věřitel i poddlužník, který odpovídal za nevypacení, resp. nevydání hodnoty. Efekt zákazu spočíval v inhibitoriu, tj. zákazu vydat věc nebo vyplatit pohledávku, avšak bez vzniku jakéhokoli věcného práva, tedy jakékoli výhody pro případ konkursu, a dále bez výhody vyloučení případné exekuce ze strany třetího, i kdyby tato exekuce byla zahájena později. Zákaz *soud zrušil* tehdy, pokud došlo ke splacení pohledávky, zajištění pohledávky dostatečnou jistotou (§ 289 JSŘ), anebo při neúspěšné justifikaci. Nedostatek justifikace opravňoval ke vznesení žaloby na zadostiučinění.

4.3 Provizorní sekvestrace podle JSŘ

JSŘ umožňoval v § 292 schválení sekvestrace, zejm. soudní úschovy předmětu sporu tam, kde držba byla sporná a žádná ze stran nebyla schopna prokázat právo k držbě. V § 293 JSŘ byla dále předvídána možná sekvestrace tam, kde sice jedna ze stran držbu měla, druhá strana si však věc nárokovala, pokud tato dokázala nebezpečí, že v průběhu řízení dojde ke zcizení věci nebo práva (*Sache oder Gerechtsame*), příp. jejímu zničení nebo poškození. Podmínkou bylo složení dostatečné jistoty k náhradě možné škody způsobené žalovanému. V držebních věcech (*Besitzstreitigkeiten* a *Besitzsstörungstreitigkeiten*) nebyla jistota bezpodmínečně nutná. Ohledně žádosti o sekvestraci podané před řízením nebo v jeho průběhu bylo nutné nařídit *jednání*, ve kterém se projednaly její předpoklady a obrany odpůrce a bylo rozhodnuto. To s možností podat rekurs, ovšem bez odkladného účinku. Povolené zajištění nedávalo jakékoli (zejm. věcné) právo k věci. Podstatou byly odnětí možnosti žalovaného působit na předmět zajištění a zákaz jeho zcizení. Provedení zajištění spočívalo v odnětí předmětu a jeho předání do soudní úschovy anebo v předání sekvestrovi. Na

tom se strany měly shodnout a soudu jej do 14 dnů sdělit (§ 294 JSŘ), jinak soud ustanovil osobu sekvestora sám. Ve jmenovacím dekretu bylo sekvestorovi uloženo opatrovat předmět jako dobrý hospodář a užítky uložit (*erlegen*) dle nařízení soudu. Provizorní ani exekuční sekvestrace nic neměnila na právech věřitele zapsaných v pozemkových knihách, takže případné užítky mu byly i nadále odváděny (obdobně jako byly ohledně věci nadále odváděny daně atp.). Sekvestor byl povinen skládat ze své činnosti účty – o jejich vypořádání rozhodl soud, byly-li učiněny spornými.

5. Novodobě kodifikovaná rakouská (československá) a německá úprava – koncepce a srovnání

Na výše uvedených základech (tj. na podkladě obecného německého procesu s případnými specifiky např. dle JSŘ) byly v Německu a Rakousku přijaty dodnes platné procesní zákony (dZPO a EO). Rakouský exekuční řád (EO) přitom platil v českých zemích až do konce roku 1950. Koncepce, kterou s ohledem na předběžná opatření EO zavedl, *nebyla* v českých zemích pozdějším vývojem *změněna*, ale „pouze“ poznamenána snahami o *zjednodušení*, které však šly cestou dle mého názoru přílišné redukce (krácení, ba přímo „škrtání“) procesních ustanovení. Zákonodárci obou zemí – tj. Rakouska i Německa – v zásadě převzali osvědčená pravidla, tato rozvinuli a modernizovali. To však včetně promítnutí jejich vlastních představ, částečně vzájemně odlišných, ohledně základního rámce fungování zajišťovacích opatření v širším slova smyslu. Zásadní shody a rozdíly, které níže představím, vykresluji společný základ i odlišnosti pojetí, které přetrvávají do dnešní doby. Základní koncepční rozhodnutí, ke kterým přistoupil rakouský zákonodárce, stojí v základech české právní úpravy dodnes, a proto se jimi níže podrobněji zabývám. Netřeba zdůrazňovat, že český právní systém je nejen co do výše zmíněného základu, ale i v poslední době nadále ovlivňován právní úpravou platnou v obou uvedených zemích.

Níže provedená charakteristika stavu předběžné ochrany v době počátku 20. století, přibližující a srovnávající právní úpravu rakouskou, resp. posléze československou a německou, má dvojí hlavní význam:

- Poválečné Československo vydalo dva procesní předpisy, které nahradily právní úpravu předběžných opatření obsažnou v EO. Ani jedna z nich však na poli předběžných opatření nepřinesla jakoukoli modernizaci či inovaci, avšak ani skutečnou změnu koncepce. Naopak došlo k pouhému okleštění dřívější úpravy, zřejmě v duchu zjednodušení a případně i očekávané nepotřebnosti předmětné právní úpravy; ostatně problematika předběžných opatření skutečně v době komunistického režimu ztratila na významu jak v právní praxi, tak na poli hlubšího vědeckého (akademického) zkoumání, což byl trend přesně opačný nežli v západní Evropě. Ovšem uvedená redukce (okleštění) právní úpravy (přes novely po roce 1989) v ní dodnes zapříčiňuje řadu mezer, nedořešeností, nevyvážeností, alogičností i absntujících vodítek pro soudní praxi.

Nedošlo-li však, jak řečeno, ke změně paradigmatu, pak lze uvedenou řadu neznámých vyplnit právě se znalostí předchozí právní úpravy.

- Přijetí obou právních úprav předcházela v rámci (před)legislativního procesu přijímání nových procesních kodexů obsáhlá (a jak se tehdy slušelo dobře zaznamenaná) diskuze a polemika. Výsledky tehdejších kodifikačních prací jsou dodnes začasť označovány za nadčasové a z českého pohledu po pravdě co do kvality zatím nedostižné.⁴⁹ Pokud co do data přijetí pozdější rakouská úprava vědomě zvolila odklon od již známého řešení německého, pak má význam tyto odchylky vysledovat (komparovat) a s jejich znalostí dále pracovat s platnou právní úpravou (která navazuje na pojetí vtělené do EO).

Výše byl představen institut provizorních opatření jednak v obecném německém procesu a jednak jeho konkretizovaná podoba obsažená v JSŘ. Je zajímavé vidět, jakou cestou se vydal německý zákonodárce v roce 1877 a rakouský zákonodárce v roce 1896 při přijetí procesních úprav, které platí (odhlížeje od dílčích novelizací) dodnes.

Lze začít tím, že oba zmínění zákonodárci se přidrželi myšlenky, že úlohou soudů je nejen právo nalézat a přiznaná práva exekučně vykonávat, ale rovněž realizaci práva (ve smyslu jeho exekučního výkonu i ve smyslu odstranění stavu nebezpečí, resp. ohrožení zatímní úpravou) *předběžně zajišťovat*.

Úprava prozatímních opatření obou kodexů přitom do značné míry staví na jednotlivých *exekučních způsobech*, které jsou upraveny v II. a III. oddíle 8. knihy dZPO, resp. v prvním díle EO. Je tedy mj. provedeno rozlišení odpovídající charakteru materiálního nároku, tj. exekuce pro peněžitou pohledávku a exekuce pro jiné nároky (vydání věci, provedení jednání nebo opomenutí).

Německý zákonodárce rozlišil *arest* (sloužící zajištění ohrožené exekuce k vymození peněžité pohledávky nebo nároku, který v peněžitou pohledávku může přejít) od *předběžného opatření* (které má sloužit zajištění budoucí exekuce jiného nároku). Obecně německé procesní právo přitom hovořilo o arestu jako o zajišťovacím prostředku budoucí exekuce pro peněžité i jiné nároky. Předběžné opatření však má (programově) soužit i jinému, dalšímu cíli, a to nikoli *zajištění* nároku (v úzkém slova smyslu), ale odstranění podstatných „nevýhod“ *prozatímní* úpravou sporného poměru (§ 940 dZPO). Toto předběžné opatření slouží ochraně právní sféry oprávněného subjektu s ohledem na jeho právní poměr k povinnému subjektu, ať již povinný dluží peníze, nebo něco jiného, tedy poskytuje *něco jiného než zajištění* (v úzkém slova smyslu).

Rakouský exekuční řád oproti tomu hovoří jen o předběžných opatřeních, která směřují k zajištění peněžitých pohledávek (§ 379 EO) nebo k zajištění jiných nároků (§ 381 odst. 1 a 2 EO); nerozlišuje tedy arest a předběžné opatření. První z předběžných opatření připouští jen taxativně vypočtené způsoby zajištění. Druhé z nich v § 381 odst. 1 EO odpovídá německému § 395 dZPO, tj. jde v zásadě

⁴⁹ Byť rozhodně nejsou ve všem dokonalé, jak upozorňuje tamní komentářová literatura.

o zajištění nepeněžitěho nároku. Oproti tomu § 381 odst. 2 EO cílí na zabránění hrozícímu násilí nebo odstranění hrozící nenapravitelné škody – i zde je tedy účelem ochrana oprávněného před „nevýhodami“, které by utrpěl z důvodu (v důsledku vedlejšího sporu) časově odložené exekuce (či lépe realizace práva).

Něčím zcela jiným je však EO upravená *Exekution zur Sicherstellung* (exekuce k zajištění), kterou naopak dZPO nezná (srov. však § 720a dZPO). Jejím účelem je zajistit věřitele, který má zatím *nepravomocný* exekuční titul, a to již i opatřením s věcněprávním dosahem⁵⁰ (což rakouské předběžné opatření neumožňuje, neboť jeho provedení nemá za následek vznik jakéhokoli věcného práva). Existence této úpravy byla zvolena zejm. s ohledem na absenci německému právnímu řádu známé předběžné vykonatelnosti rozsudku (§ 708 dZPO). Z podstaty věci se proto předběžné opatření a exekuce k zajištění podle původních představ vzájemně vylučují (§ 379 EO). Ovšem i *Exekution zur Sicherstellung* připadá v úvahu jen v případech ohrožení (viz marg. č. 48 a násl.) a nejde za rámec zajištění (tedy nevede k uspokojení); tím se též podstatně odlišuje od předběžné vykonatelnosti. Podobně jako německý arest je exekuce k zajištění přípravou na budoucí exekuci pro vymožení *peněžitě* pohledávky prostřednictvím konstituování zástavního práva (*Pfändung*).

Pro obě právní úpravy je příznačné, že o arestu (dZPO), resp. o předběžných opatřeních (dZPO a EO) pojednávají *v rámci úpravy exekuce*. dZPO zřejmě proto, že se výkon arestu řídí ustanoveními o exekuci,⁵¹ EO zejm. protože předběžná opatření slouží zajištění budoucí exekuce,⁵² avšak rovněž použití procesních pravidel platných pro exekuci hrálo svou roli.

Obě právní úpravy provádějí *rozštěpení* na část řízení o vydání arestu, resp. předběžného opatření (tj. o nařízení zajišťovacího opatření) a na část řízení o jejich výkonu (provedení zajištění). První z uvedených řízení má povahu nalézacího (zkoumání přípustnosti zajištění) a sumárního procesu (omezený rozsah potřebných podkladů). Oproti tomu je výkon arestu, resp. předběžného opatření skutečnou exekucí.⁵³ Jde o použití státní moci vykonaného donucení (podle předem stanovených zásad), bez ohledu na to, že zásadně končí u zajištění, nikoli u uspokojení věřitele.

Obě právní úpravy tedy vycházejí z toho, že věřitel má vůči státu právo (veřejnoprávní nárok) na urychlené *zajištění* uspokojení svého soukromého práva, které stojí po boku jeho (abstraktního) práva vůči státu na přiznání a nucený výkon zajištěného práva.

V následujícím se zaměřuji na podstatné koncepční rozdíly, které odlišnou podobu srovnávaných právních úprav nejvíce určují.

⁵⁰ Neumayer, M. Exekutionsrecht. Wien : Manz, 2004, s. 212; Klicka, T. in Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1706 a násl.

⁵¹ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, před § 916.

⁵² Neumann, G., Lichtblau, L. Kommentar zur Exekutionsordnung. 3. vydání. Wien : Manz, 1929, s. 1125.

⁵³ Neumann, G., Lichtblau, L. Kommentar zur Exekutionsordnung. 3. vydání. Wien : Manz, 1929, s. 1166; Rintelen, A. Die einstweilige Verfügung. Wien : Manz, 1905.

5.1 Koncepční rozdíly v materiálním zajišťovacím právu

Německá, rakouská i prvorepubliková právní úprava i právní teorie věnující se předběžným opatřením rozlišovala skutečnosti, které zakládají zajišťovaný hmotněprávní nárok, a ty, které znamenají nutnost rychlé ochrany tohoto nároku ve formě předběžného opatření. Vyžadovala se tedy existence hmotněprávního „zajišťovaného“ práva (vžilo se označení *Arrest- nebo Verfügungsanspruch*) a dále zajišťovacího („ohrožovacího“) důvodu předběžného opatření (vžilo se označení *Arrest- nebo Verfügungsgrund*). Nárok sám patří svou povahou do práva hmotného, avšak je posuzován ve vztahu k procesuálnímu zajištění, přičemž důvod zajištění je ryze procesní záležitostí. O zajišťovaném nároku i zajišťovacím důvodu pojednáme dále (viz marg. č. 22 a násl.). Na tomto místě upozorníme jen na koncepční rozdíly.

Tak znemožnění (zmaření) *nebo* podstatné ztížení vymožení peněžité pohledávky (rozsudku) bylo v Rakousku navázáno na tzv. subjektivní moment, podle kterého uvedené nebezpečí má „vycházet“ z jednání dlužníka.

Dále oproti Německu již EO *neumožnilo zajištění peněžní pohledávky personálním arestem* (toto krajní opatření je omezeno na zajištění jiných nároků – § 386 EO).

Zatímco zatímnní opatření v Německu obecně slouží ve vztahu ke spornému právnímu poměru k odstranění určité podstatné nevýhody (*Nachteil*), k zamezení hrozcícího násilí nebo z jiných *nezbytných* důvodů (lze vydat, jestliže je to z nějakého důvodu *nutné*) tím, že vytvoří zatímnní pokojný či uspokojivý stav (§ 940 dZPO), rakouský zákonodárce nezbytnost tohoto druhu předběžného opatření podminil požadavkem, že musí jít současně o předejití hrozcícímu násilí nebo odvrácení hrozcící nenapravitelné škody; uvedené omezení soudcovského uvážení je v Rakousku do dnešní doby vnímáno (kritizováno) jakožto značně svazující a praxe nejednou hledá cesty rozšiřujícího výkladu (zejm. v případech, kdy by byla dána všanc efektivní ochrana práva).

Předmětem věcného arestu podle dZPO je dlužníkův majetek, přičemž výkon probíhá „zabavením“ movitých věcí dlužníka, které je spojeno se vznikem zástavního práva, nebo vkladem hypotekární zástavy na nemovitosti dlužníka. Příkaz k arestu (jakož i návrh na něj) tak obsahuje *jen nařízení* arestu na majetek dlužníka. Označení konkrétních předmětů v návrhu na arest nemá význam.⁵⁴ Arest je tedy nařizován *do celého majetku* dlužníka. Podle rakouského práva probíhá zajištění peněžité pohledávky jinak než zřízením zástavního práva nebo jeho zápisem. Zákonodárce *vyjmenoval přípustná opatření a jejich objekty*.⁵⁵ Pozoruhodné je, že správa i zákazy zcizení se v původním znění EO nevztahovaly na nemovitosti, které za účelem vymožení peněžité pohledávky nebylo lze spravovat nebo zakázat zcizit, zatížit či zastavit (§ 379 odst. 4 EO). Takto dalekosáhlá opatření, resp. zásahy do práv dlužníka, zákonodárce před pravomocným přiznáním pohledávky neumožnil.

⁵⁴ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, § 920 III.

⁵⁵ § 379 EO – úschova a správa movitých věcí dlužníka, včetně úschovy peněžní, soudní zákaz zcizení nebo zatížení movitých věcí, pod sankci neplatnosti, soudní zákaz – odpovídající německé *Forderungspfändung* – třetí osobě, vydat věc nebo poskytnout plnění nebo vyplatit peníze dlužníkovi.

EO i dZPO přenechává obsah zatímních předběžných opatření (způsob zajištění) uvážení soudu, který podle názoru zákonodárce sám nejlépe určí, jaká opatření jsou potřebná k dosažení účelu předběžného opatření. V tomto ohledu lze upozornit, že již brzká soudní praxe v obou státech dovodila (po vzoru některých výslovných zákonů) přípustnost předběžných opatření s efektem plnění, a to ohledně zaplacení zálohy na procesní náklady ze strany manžela, placení platu z důvodu nouzového stavu zaměstnance, vrácení do opravy daného automobilu, zdržení se vydání díla určitého obsahu nebo odnětí jednatele oprávnění.⁵⁶

Rakouské i německé právo dává dlužníkovi *nárok na náhradu škody*, pokud se přijatá opatření ukáží jako neoprávněná (§ 717 dZPO, § 394 EO). V Německu je navrhovatel povinen nahradit veškerou škodu, která vznikla jako adekvátní následek *výkonu* (nikoli jako v Rakousku i nařízení) arestu nebo předběžného opatření. V Německu je o nároku rozhodováno v samostatném, řádném procesu, nikoli v procesu o předběžném opatření. EO zvolilo jinou cestu a rozhodnutí o náhradě škody ponechává v procesním rámci řízení o předběžném opatření.

5.2 Koncepční rozdíly ve formálním zajišťovacím právu

Na procesní úrovni rakouský zákonodárce nestanoví odlišná pravidla pro různé druhy předběžných opatření. Německý zákonodárce naopak podle § 936 dZPO pro předběžná opatření stanoví zvláštní pravidla a při jejich absenci se uplatní pravidla týkající se arestu (tedy i na čistě procesním poli je zachována odlišnost arestu a předběžného opatření).

Již otázku *příslušnosti soudu* k vydání předběžného opatření (arestu) se zákonodárci rozhodli vyřešit jinak. Za podstatné považují dva ohledy, a to v Německu ohledně arestu umožněnou příslušnost danou na výběr ve prospěch soudu, v němž jsou předměty nebo osoby podléhající zajištění (§ 919 dZPO), resp. ohledně předběžného opatření (v naléhavých případech) ve prospěch soudu, v jehož obvodu se nalézá předmět sporu (§ 942 dZPO). Rakouský zákonodárce takové možnosti volby soudní příslušnosti nepřipustil (§ 387 EO). Druhou, výkladově velice spornou záležitostí soudní příslušnosti je otázka příslušnosti k vydání předběžného opatření (arestu) v případě, že ve věci samé došlo k zahájení odvolacího řízení s ohledem na to, který soud je v tomto případě jakožto „soud ve věci samé“ k vydání rozhodnutí příslušný: V Rakousku jím má (nikoli zcela nesporně) být nadále soud prvního stupně (§ 387 EO),⁵⁷ v Německu (jakožto soud ve věci samé) soud druhé instance, a to od okamžiku podání odvolání (§ 919 a 943 dZPO);⁵⁸ ke spornosti otázky v ČR srov. marg. č. 122.

9

⁵⁶ Jde o příklady z německé a rakouské soudní praxe in Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 36 a 38.

⁵⁷ Rozhodnutí OGH ze dne 20. 12. 2000, sp. zn. 7Ob287/00g.

⁵⁸ Vollkommer, M. in Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2148, marg. č. 6.

Pokud jde o *návrh* na vydání předběžného opatření (arestu), lze zaznamenat podstatný rozdíl v tom, že podle rakouského (nad rámec německého) práva je třeba v samotném návrhu přesně označit požadované opatření, tedy i co do způsobu opatření, označení postižovaného předmětu (majetku) a místa, kde se nachází (§ 389 a 54 EO). Oproti tomu německý zákonodárce v případě arestu tento nařizuje do celého majetku odpůrce, u předběžného opatření je vhodné opatření zásadně přenecháno uvážení soudu (§ 938 dZPO).

Další odlišnost rakouský zákonodárce upravitel tím, že na rozdíl od Německa se o návrhu na vydání předběžného opatření rozhoduje vždy *usnesením* (nikoli případně též rozsudkem – § 922 dZPO). Současně rakouský zákonodárce nepředpokládal, přinejmenším nikoli v té intenzitě jako zákonodárce německý, že by se o nařízení předběžného opatření (arestu) konalo ústní *jednání*. Ustanovení § 397 EO zmiňuje slyšení odpůrce, oproti čemuž dZPO otázku nařízení ústního jednání přenechává soudci, přičemž u předběžného opatření je normuje jakožto zásadu – viz § 922 a 937 dZPO. Pro správnou představu: Oba zákonodárci počítají s ústním jednáním v rámci řízení o vzneseném odporu (§ 925 dZPO, § 398 EO).

Ve dvojím směru lze poukázat na koncepční odlišnost i v otázce „justifikace“: Německé právo opustilo zásadu obecného německého procesu, podle které byl navrhovatel *povinen* provizorní opatření *ospravedlnit*. Zachovalo však možnost (právo) odpůrce žádat, aby soud navrhovateli uložil podání žaloby ve věci samé. Až tehdy se ospravedlnění vydaného arestu, resp. předběžného opatření stává navrhovatelovou povinností. Podle rakouského práva je tomu jinak a soud z moci úřední (bez návrhu odpůrce) justifikaci předběžného opatření nařídí a stanoví lhůtu, ve které má být podána žaloba ve věci samé – pokud žalobce nevyhoví, *může* být předběžné opatření zrušeno i z moci úřední (§ 391 EO). Stejně jako dZPO tedy EO nezná povinné a samostatné řízení či jednání (*Rechtfertigungsverfahren, Justifikationstermin*) jen za účelem přezkoumání oprávněnosti předběžného opatření – srov. marg. č. 4.

Pokud jde o opravné prostředky, pak v německém právu je jediným přípustným prostředkem odpůrce proti v podobě usnesení (tj. v případě rozhodování *bez slyšení odpůrce*) vydanému opatření *odpor*. Pro tuto situaci rakouské právo připustilo konkurenci odporu a stížnosti (rekursu); vnášení nových skutkových okolností v řízení o rekursu však nebylo *a priori* přípustné. Tato rakouská právní úprava (odvolání s evidentně omezeným dosahem, ovšem *vedle* práva podat odpor), zřetelně nebyla v dalším vývoji na území Československa – při snaze o její zjednodušení – dobře uchopena (viz marg. č. 96 o odporu a jeho absenci v českém právním řádu).

Celá řada odchylek byla rakouským zákonodárcem přijata v oblasti výkonu předběžných opatření. Zaprvé rakouské právo do značné míry opustilo *rozlišení kompetencí* mezi nalézací a exekuční soud. Podle § 387 EO je soud příslušný pro nařízení předběžného opatření příslušný i pro jeho výkon. V Německu je naopak výjimkou § 930 odst. 1 věta poslední dZPO, podle které je k výkonu „obestavení“ pohledávky příslušný soud, který arest vydal.

Další rakouskou odchylkou je, že předběžná opatření jsou pravidelně vykonávána

z moci úřední (§ 387 EO). To je urychlením oproti německé úpravě, která začasť předvídá doručení navrhovatelí a jeho návrh na výkon rozhodnutí. Podle rakouského práva se však připouštělo, aby si navrhovatel vyhradil právo dát k výkonu pokyn.⁵⁹ Tak např. zákaz zcizení a zatížení zapsaných nemovitostí a práv se uskutečňuje (vykonává) knihovním zápisem (§ 382 bod 6, § 384 odst. 2 a 3 EO), přičemž se tak děje z moci úřední (naopak srov. § 932 odst. 3 dZPO, příp. § 941 dZPO).

Jedna z nejpodstatnějších odlišností na závěr: Zatímco vykonání německého arestu spočívá v „obstavení“ (*Pfändung*), které se zakládá na starém modelu zabavení věci s věcněprávními účinky a je spojeno s tím, že věřitel získává přednostní právo uspokojení na zabavených věcech, rakouské právo postihuje věci „jen“ *faktickým zajištěním* – nedává věřiteli přednostní práva ani mu nevzniká zástavní právo.

5.3 Historický vývoj poválečné právní úpravy

Kriticky byl vývoj právní úpravy předběžného řízení v poválečném Československu popsán zkraje předchozí pasáže (srov. marg. č. 6). Došlo ke zjednodušení, resp. redukci počtu zákonných ustanovení, avšak nikoli skutečné koncepční změně.

10

Z uvedených důvodů toliko stručně připomínám zákon č. 142/1950 Sb., o řízení ve věcech občanskoprávních, který mj. přináší předběžným opatřením „konkurující“ institut předběžné vykonatelnosti. Opouští však exekuci k zajištění podle EO. Ještě ale zachovává některé charakteristiky předběžného řízení vyhovující procesní rovnosti a zárukám spravedlivého procesu (slyšení účastníků, přiměřenou jistotu atp.).

S účinností k 1. 4. 1964 byl jako zákon č. 99/1963 Sb. přijat současný OSŘ. Vlivem pokračující představy zjednodušování či dokonce „odumírání“ práva se právní úprava předběžného opatření dále redukovala ze skrovných jedenácti paragrafů na pouhé čtyři. Institut předběžného opatření ztrácí na významu i v praxi, která ohrožení práv (s jistými výjimkami, např. šlo-li o výživné) čelí jinak než prostřednictvím moci soudní (např. správními orgány⁶⁰) anebo je vůbec nepředpokládá (např. v oblasti obchodních vztahů, spolkového práva atp.).

Platná právní úprava je předmětem výkladů samostatné zvláštní části této práce (viz kapitola V). Porevoluční tendence směřuje k uzpůsobení předběžného řízení požadavkům spravedlivého procesu (*fair trial*), což současně přineslo návrat institutů v mezidobí z právní úpravy vypuštěných (např. jistoty skládané navrhovatelem). Tento vývoj – poznamenaný „smrští“ desítek nepřilíš koncepčních dílčích novelizací – však nelze považovat za uzavřený (srov. marg. č. 71, 96 a 99).

⁵⁹ Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 85.

⁶⁰ Srov. Jirsa, J. Předběžná opatření – účelná i zneužitelná zbraň. Právní fórum, 2009, č. 9, s. 361–367.

KAPITOLA III.

Základní zásady předběžného řízení

Civilní právo procesní je ovládáno určitými pravidly vysokého stupně obecnosti, tj. zásadami, které mají význam jak v teorii, tak i v praxi civilního procesu. Právní zásady se v právním státu ctí a respektují, zejm. s jejich pomocí jsou rozhodovány „precedenční“ a obtížné právní případy, zvláště na úrovni vrcholných soudů, včetně těch ústavních a evropských. Jejich nepopíratelná role v rámci normotvorby, aplikace a interpretace právních předpisů, včetně právní argumentace a tzv. dotváření práva soudy, nedovoluje se jimi nezabývat; zvláště pak tam, kde „prosté“ právní normy nedávají jednoznačnou vodítka, tedy i (a v ČR zvláště) v případech právní úpravy předběžných opatření. Význam právních zásad souvisí s jejich uznávanou hodnotovou orientací, podporovanou nadčasovostí a silou jejich působení. Někdy tak např. jejich působení bude znamenat odchýlení se od výkladu zákona, který by při nezohlednění principů, zejm. na podkladě textu zákona, zřejmě převážil.

Učebnicová literatura právní principy civilního procesu člení mimo jiné na ty odpovídající spravedlivému procesu (jako je zejm. nezávislost a nestrannost soudů a soudců, rovnost a kontradiktornost, veřejnost, ústnost, přímost, hospodárnost, rychlost, zásada zákonného soudu a soudce) a ty tzv. odvětvové (jako je zejm. zásada dispoziční, resp. oficiality, projednací, resp. vyšetřovací, volného hodnocení důkazů, resp. legální teorie důkazní, jednotnosti řízení, resp. koncentrační, materiální, resp. formální pravdy).⁶¹ Všechny uvedené principy nacházejí v určité podobě uplatnění i v předběžných řízeních. Je však třeba říci, že uplatnění uvedených principů je v předběžných řízeních specifické či alespoň modifikované a dále lze vyzorovat principy či momenty, které jsou předběžným řízením vlastní.⁶² Zaměříme se jen na zmíněné zvláštnosti, aniž by mělo jít o uzavřený výčet.

1. Zásada efektivní ochrany práva

Právní stát musí zajistit skutečnou prosaditelnost (uplatněného) práva, což není beze zbytku možné „jen“ v klasickém řízení, které je spojené se značným časovým nákladem a někdy i „mařícími“ jednáními ze strany odpůrce. Současně však právní stát nemůže připustit návrat svépomoci do sféry, ze které ji vypudil instrumentem, jehož efektivitu se rozhodl a musí garantovat (v současné době navíc pod prizmatem ústavně zaručených práv). Předběžná ochrana *slouží* ochraně poskytované ve věci samé, jejímž prostřednictvím (nepřímo) též slouží ochraně materiálních práv. Zásada efektivní ochrany představuje v oblasti předběžných řízení vůdčí zásadu, ze které je řada dalších zásad odvozena, neboť právě skutečné a *efektivní* prosazení práva je důvodem existence předběžných řízení. Předběžné řízení musí být uzpůsobeno tak, aby v každé

⁶¹ Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 5. vydání. Praha : Linde, 2008, s. 67 a násl.

⁶² Tento jev je vlastní např. i řízení insolvenčnímu (zásada rovnosti věřitelů v obdobném postavení atd.) či vykonávacímu (zásada přednosti atd.).

své fázi této zásadě vyhovovalo, což vede zejm. k jistým procesním ulehčením či zvýhodněním navrhovatele, jehož nárok je ohrožen.

Příklad:

Právní stát dává k dispozici nástroje předejítí tomu, aby např. pohledávka zůstala jen „na papíře“, protože se dlužník v době trvání dvouinstančního řízení účelově „zbavil“ svého majetku. V předběžném řízení je o návrhu, který tomu má zabránit (zákazem zcizení nemovitě věci), rozhodnuto bezodkladně, na podkladě sníženého důkazního standardu, se spěšným vyhotovením rozhodnutí, které je okamžitě vykonatelné, přičemž kroky k jeho vykonání jsou zahájeny *ex officio*.

Lze mít za to, že zásada efektivní, tedy zejm. rychlé a včasné ochrany práv má v současné době *ústavněprávně* základ.

Efektivní ochrana práv však není jednostranná. Plné právo na ní má i odpůrce, což se projevuje v zásadě rovnosti zbraní a kompenzaci jeho počátečních procesních znevýhodnění.

2. Rychlost (zrychlení) řízení

Má-li být soudní řízení obecně rychlé, pak to platí pro předběžné řízení o to více, neboť jeho účelem je odstranit nevýhody, které jsou s délkou hlavního řízení spojeny (srov. též marg. č. 58). *Projevem* zásady jsou pravidla, podle kterých

- a. návrhu na předběžné opatření rozhodne předseda senátu bezodkladně,
- b. stejnopis usnesení, kterým bylo nařízeno předběžné opatření, se odešle v zákonné lhůtě, příp.
- c. se omezí povinnost odůvodnit soudní rozhodnutí atp.

Ač je o zásadě zrychlení předběžného řízení primárně pojednáváno zvláště pro fázi předběžného řízení, které jdou ku prospěchu navrhovatele (v ČR typicky zákonné lhůty k vydání rozhodnutí), nemá však prospívat jen jemu. Naopak od okamžiku „vtažení“ odpůrce do řízení je třeba urychleně rozhodnout zejm. o jeho opravných prostředcích, neboť případné doposavad vedené „jednostranné“ řízení je zákonodárcem vědomě nadáno rizikovostí chybovosti, kterou je třeba v zájmu odpůrce urychleně odstranit, pokud pro to jsou důvody. Uvedené je rovněž projevem zásady *procesní rovnosti zbraní*.

3. Osvědčování

V předběžném řízení se zásadně osvědčuje. Osvědčení je zejména spojeno se *snížením stupně* požadovaného důkazu (příp. soudcovského přesvědčení). Zjednodušující formulka říká, že plným důkazem je pravděpodobnost hraničící s jistotou. V předběžném řízení si však soud vystačí s osvědčením, o kterém lze mluvit tam, kde

postačí „pouhá“ *převažující pravděpodobnost* určité relevantní skutečnosti. Blíže k osvědčování viz marg. č. 61 a násl. a 135.

4. Moment překvapení odpůrce

V předběžném řízení se nejednou předchází jednáním odpůrce, která mají znemožnit či podstatně ztížit realizaci práva či soudního rozhodnutí. Varování (signalizaci procesní aktivity navrhovatele), které by odpůrce uvědoměním o zahájeném řízení a sledovaných opatřeních dostal, by jej k podniknutí či uspišení takových jednání mohla motivovat či podnítit, resp. mu k nim dávat časový prostor. Efektivita ochrany navrhovatele a nezmaření účelu předběžného opatření tedy vyžaduje, aby nebyl ztracen jistý moment překvapení. Projevem této „zásady“ je např. doručování usnesení *jen navrhovateli* tam, kde byl návrh na nařízení předběžného opatření zamítnut nebo odmítnut. Tím je věřiteli dána možnost prostřednictvím opravného prostředku dosáhnout změny rozhodnutí nebo návrh za určitých předpokladů podat znovu.

5. Rovnost zbraní

Tato zásada je značně, byť legitimně, narušena v první fázi předběžného řízení do doby, než se odpůrce dostává „slyšení“. Tam, kde zvláštnosti předběžného řízení již nadále neplní svůj účel, nebo právě z důvodu rovnosti zbraní nemohou svědčit jen navrhovatelé, musí zásada rovnosti zbraní projevit své působení: Stačí-li navrhovateli toliko osvědčit určité rozhodující skutečnosti, je jejich vyvrácení či protidůkaz ze strany odpůrce podroben taktéž toliko povinnosti osvědčení.⁶³

Postulátu rovnosti zbraní se přičií taková interpretace platného § 75c odst. 4 OSŘ, podle které se v odvolání odpůrce nesmí přihlídnout k žádným novým tvrzeným skutečnostem nebo předloženým důkazům.⁶⁴ Proč by např. dlužník, jehož dispozice s nemovitostí byla na návrh žalobce omezena, nemohl účinně ve svém odvolání⁶⁵ uvést a osvědčit (či dokonce dokázat), že osvědčenou pohledávku navrhovatele uhradil, a to třeba kvitancí vydanou navrhovatelem? K této problematice blíže viz marg. č. 71, 96 a 99.

⁶³ Miněno ve „fázi“, kdy již je odpůrce do předběžného řízení tzv. vtažen.

⁶⁴ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 437 a násl.; Javůrková, N. in David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 75c odst. 4.

⁶⁵ Odpor české právo odpůrci neposkytuje.

6. Subsidiarita prostředků zajištění (opatření), přiměřenost a šetření práv

Zásada vyžaduje, aby bylo vydáno takové předběžné opatření, které je na straně jedné způsobilé (vhodné) předejít ohrožení nebo nebezpečí, jehož realizaci má být zabráněno, avšak na straně druhé jen takové, které při této své schopnosti odpůrce nejméně zatěžuje.

Tato zásada byla vyjádřena např. v § 392 EO: „*Pro tyž nárok může k návrhu povoleno býti několik opatření zároveň, jeví-li se jich soudu podle povahy případu třeba, aby účelu zajištění bylo úplně dosaženo. Mezi několika opatřeními, kterých v tom případě stejně lze užití, budiž povoleno to, které jest nejvhodnější, aby bylo zamezeno ohrožení, jehož podle zvláštních okolností jest se obávati; jsou-li však opatření stejně vhodná, budiž povoleno opatření, které nejméně obtěžuje odpůrce ohrožené strany.*“ K této problematice blíže viz marg. č. 36 a násl.

7. Kompenzace procesního znevýhodnění odpůrce

Zákonodárce v zájmu ochrany práva navrhovatele na úkor práv odpůrce normuje pravidla, která jej oproti požadavkům standardního procesu znevýhodňují (rozhodování bez jeho slyšení, toliko na podkladě osvědčení atd.). Jelikož však pravidla *fair trial* platí i pro předběžná řízení, musí zákonodárce zajistit účinnou ochranu odpůrcových práv tím, že jeho počáteční znevýhodnění kompenzuje. Prostředkem k tomu je zejm. zosílená zodpovědnost k náhradě škody (újmy) a s ní spojená povinnost složit jistotu k jejich náhradě, zvláštní opravný prostředek – odpor, dále možnost odvrácení výkonu předběžného opatření složením jistoty atp. Poslední dva uvedené prostředky však OSŘ nezná.

8. „Audiatur et altera pars“ (budiž slyšena i druhá strana)

Jde o nezadatelné právo, které může být přechodně upozaděno (z důvodu efektivní ochrany navrhovatele), avšak jakmile je to jen možné, je třeba dát odpůrci prostor být slyšen a naslouchat mu. Ve smyslu judikatury ESLP není opodstatněné, aby právo být slyšen bylo *automaticky* odsouváno až do fáze po vydání předběžného opatření. Tradiční prostředek realizace následného práva být slyšen představuje v Rakousku a Německu odpor (*Widerspruch*). K judikatuře ESLP a problematice české právní úpravy srov. marg. č. 69 a násl.

9. Ústnost jednání

Tato zásada je v ČR v řízení o vydání předběžného opatření prakticky zcela potlačena. Ve srovnávaných právních řádech se uplatňuje (zejm. v řízení o odporu). Ve světle čl. 6 EÚLP a ústavních garancí spravedlivého procesu vyvolává v ČR „zakořeněné paušální rozhodování od stolu“ rozpaky.

KAPITOLA IV.

Základní otázky práva předběžných opatření

1. Důvody, funkce a úkoly předběžné ochrany

Realizace soukromých práv (nároků) cestou soudního procesu (včetně soudních prostředků donucení) je nutně spojena s *časovým nákladem* (*Zeit-aufwand*). To však pro žalobce, resp. věřitele obecně znamená nebezpečí, že uskutečnění, resp. realizace jeho práva bude zmařena nebo podstatně ztížena (ohrožena), ať již ztrátou možnosti jeho skutečné realizace prostřednictvím exekuce, nebo samým odložením nezbytné úpravy právních poměrů.⁶⁶ K odstranění tohoto nebezpečí je třeba zvláštních procesních ustanovení – institutu předběžné ochrany. Čelní představitele takové – charakterově obdobné – ochrany představují v dZPO arest a předběžná opatření, v EO zatímní (předběžná) opatření a v OSŘ předběžná opatření. Jelikož aspekty plně „spravedlivého“ (obecného) soudního řízení toto řízení nutně prodlužují, je třeba tento časový prostor „přemostit“ provizorní úpravou.⁶⁷

11

Předběžná ochrana je tedy nutná proto, aby navrhovatelé mohla být ve věci samé, resp. ve věci ochrany jeho ohroženého nebo porušeného práva poskytnuta *efektivní* (finální) právní (soudní) ochrana s ohledem na to, že je úkolem státu zajistit též skutečnou prosaditelnost uplatněného práva. Ta může být ohrožena již dobou trvání soudního sporu, resp. soudních řízení. Právě uvedené nerozlučně souvisí s tím, že instrument svépomocné – okamžité – ochrany práva věřiteli zásadně nepřísluší.

Funkce předběžné ochrany je nerozlučně spjata s obecnou funkcí soudní ochrany, kterou je především nalézání a nucené vykonávání subjektivního práva, tedy jeho ochrana. Bylo řečeno, že státu náleží až na ojedinělé výjimky monopol donucení (*Gewaltmonopol*).⁶⁸ Právo na soudní ochranu je (veřejným subjektivním) právem jedince vůči státu na ochranu jeho práv prostřednictvím soudů a je elementem právního státu.⁶⁹ Funkcí předběžné ochrany je *soužit* ochraně poskytované ve věci samé,

⁶⁶ Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2162.

⁶⁷ Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 83 a násl.

⁶⁸ Svěpomoc je v ČR je připuštěna za předpokladů uvedených v § 14 ObčZ.

⁶⁹ Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1608 a násl.

jejímž prostřednictvím (*nepřímo*) též slouží i ochraně materiálních práv.⁷⁰

Novodobě lze důvody předběžné ochrany rezultující z potlačení svémoci i požadavku na efektivní soudní ochranu vyvozovat rovněž z ústavně zaručených práv (viz marg. č. 69 a 72).

Na podkladě výše uvedeného a současného chápání zákonných úprav lze (v souladu s německou a rakouskou naukou, avšak s platností i pro českou právní úpravou) rozlišovat následující úkoly, které předběžná ochrana v souladu se svou funkcí plní:

Prvním úkolem předběžné ochrany je především *zajištění ohrožených práv*,⁷¹ resp. *zajištění jich budoucí realizace*; tak např. peněžitá pohledávka věřitele se zajistí zákazem poddlužníku, aby dlužníkovi vyplatil dlužníkovu pohledávku (v Německu typicky arest), anebo právo na vydání věci se zajistí jejím složením soudu (v Německu typicky zajišťovací předběžné opatření – *Sicherungsverfügung*). Tím se předejde situaci, aby se v důsledku jednání dlužníka, příp. v důsledku vnějších vlivů, stal posléze získaný titul bezcenným (uspokojení pohledávky věřitele bylo zmařeno, příp. podstatně ztíženo).

Druhým úkolem předběžné ochrany je přijmout, resp. vytvořit *prozatímní úpravu (právních) poměrů* stran konfliktu⁷² tam, kde jsou předmětné vztahy kvalifikovaným způsobem narušeny, např. hrozícím násilím nebo nenahraditelnou škodou. V Německu se hovoří o tzv. *Regelungsverfügung*. O *Regelungsverfügung* má jít také např. v interně narušených korporačněprávních záležitostech, kdy lze zatím odejmout společníkovi nebo jednateli jeho právo zastupovat společnost, nebo mu naopak odejmouté právo přiznat.⁷³

Třetím úkolem předběžné ochrany je přijmout, resp. vytvořit prozatímní úpravu právních poměrů, kdy dokonce dochází k provizornímu (mezitímnímu) uspokojení věřitelova práva. V Německu se hovoří o tzv. *Leistungsverfügung*.⁷⁴ Tento úkol – v mnohých ohledech nejspornější – je částečně odvozen od úkolu druhého, aniž by však mezi „typy opatření“ bylo možné nalézt jasnou dělicí linii. Přes spornost o přípustnost takových opatření⁷⁵ se uvedený typ předběžných opatření nesporně stal uznávanou realitou.

Níže se budu zabývat jak související otázkou předbíhání věci samé (viz marg. č. 41 a násl.), tak přípustností opatření s „efektem plnění“ (viz marg. č. 27 a násl.).

Na povahu opatření uváděných pod bodem 2 a 3, které souhrnně v terminologii této

⁷⁰ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, marg. č. 65.

⁷¹ Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1207.

⁷² Zejména u komplexnějších právních poměrů.

⁷³ Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1207.

⁷⁴ Tamtéž.

⁷⁵ V Rakousku v důsledku svázanosti textu exekučního řádu (§ 381 bod 2 EO) a ne zcela jasného úmyslu zákonodárce.

práce označují jako zatímnní opatření (viz marg. č. 1), jsou v zahraniční literatuře vyslovovány různé názory. Podle zastánců názoru, že *Regelungsverfügungen* a *Leistungsverfügungen* jsou odlišitelná,⁷⁶ v případech *Regelungsverfügung* ještě (nutně) nedochází k „uspokojení“ navrhovatele, a tedy konstituování tzv. *Leistungserfüllung*, zejm. s odůvodněním, že „odpadnutím“ prozatímní úpravy se *automatically* vrací předchozí stav. Jiní autoři⁷⁷ však již v takové úpravě vidí *provisorium* *uspokojení věřitelova práva* (minimálně proto, že se alespoň po dobu účinnosti zatímnního opatření jedná o definitivně vytvořenou právní situaci). Tím tato druhá skupina stojí na názoru, že rozlišení mezi *Leistungsverfügung* a *Regelungsverfügung* neobstojí, tedy že jde vždy o *Leistungsverfügung*. Rozlišení lze odůvodnit *alternativně* i tak, že *Regelungsverfügungen* nevylučují jako svůj důsledek předběžné uspokojení věřitele, jestliže je to nevyhnutelně nutné k zajištění věřitele, zatímco u *Leistungsverfügungen* právě o předběžné uspokojení jde (je primárně zamýšleno), protože věřiteli pouhé zajištění ničeho nepřináší (jde však spíše o teoretické rozlišení v návaznosti na určitý subjektivní moment, aniž by z toho bylo možné vyvozovat další relevantní právní závěry).⁷⁸

Řada *Leistungsverfügungen* i oprávněnost jejich existence je v současné době nezpochybnitelně obecně uznávána a akceptována. Patří mezi ně na prvním místě placení výživného (jiné životně nezbytné renty), vydání věci, vyklizení bytu (předpokládá se např. předchozí nedovolená svémoc), zdržení se jednání (které první názorová skupina považuje za *Regelungsverfügung*), ale i jeho uskutečnění (typicky dodávky vody a energie, na kterých je navrhovatel závislý).

Předběžná opatření tak podle představeného dělení směřují jednak k *zajištění* v pravém slova smyslu (viz bod 1) anebo zajištění v širokém slova smyslu vytvořením provizorní úpravy, resp. provizorního stavu (viz bod 2), včetně zajištění provizorním (mezitímním) prosazením (uspokojením) práva či „plněním zajišťovaného práva“ (viz bod 3).

V případech uvedených pod bodem 1 lze beze zbytku mluvit o *zajišťovacích předběžných opatřeních*, resp. *zajišťovacích předběžných opatřeních* v pravém slova smyslu.

V případech uvedených pod body 2 a 3 lze mluvit o *zajišťovacích předběžných opatřeních* v širokém slova smyslu. Výstižnější je však mluvit o *zatímních opatřeních* nebo *regulujících (vztahy upravujících) předběžných opatřeních*.

Popsané dělení je plně vlastní i české právní úpravě (srov. výše terminologické vymezení, se kterým i v této části koherentně pracuji), když v případech uvedených pod bodem 1 jde o předběžná opatření podle § 74 odst. 1, resp. § 102 odst. 1, vždy první varianta OSŘ, v případech uvedených pod bodem 2 a 3 pak jde o druhou variantu upravenou v uvedených ustanoveních OSŘ. Vycházejí z této platné české úpravy je podle mého názoru adekvátní a podložené rozlišovat pouze předběžná opatření zajiš-

⁷⁶ Jauerig, O., Berger, Ch. Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht. 23. vydání. München : C. H. Beck, 2010, § 37, marg. č. 9 a násl.

⁷⁷ Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 731.

⁷⁸ Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 733.

řovací a zatímní. Nikoli snadně odlišitelnou variantu tzv. *Regelungsverfügungen* není třeba zvláště rozlišovat, neboť i v nich, dochází-li jimi k přechodné úpravě právních vztahů, skutečně lze alespoň přechodně spatřovat prvek předběžného plnění ve vztahu k zajišťovanému právu. Přesto však je třeba si uvědomit, že prvotním cílem zakotvení právní úpravy zatímních opatření v EO bylo na podkladě historické zkušenosti s předběžnou ochranou v řízení o rušení držbě právě „podchycení“ situací typických pro *Regelungsverfügungen*. Až následný vývoj přenesl těžiště zájmu (např. z důvodu efektivit soudní ochrany, nutnosti řešit nové typy ohrožení a životních situací atd.) do druhé „podskupiny“ zatímních opatření.

Společný účel předběžných opatření lze chápat ve snaze předejít nebezpečí, a to hrozbě neprosazení se materiální spravedlnosti. Uvedené nebezpečí pramení zejm. z toho, že stát vyloučil svémoc a osopil si právo na monopol násilí, resp. z toho, že konečná realizace práva vyžaduje a předpokládá časově nákladné (hlavní) řízení. Na faktor časové tísně je reagováno *zrychlením* řízení, na exekuci mařící jednání žalovaného momentem *překvapení odpůrce*.⁷⁹ Podstatný je přitom tzv. kvalifikovaný zajišťovací důvod, který opatření legitimuje (viz marg. č. 22, 24, 111 a násl.).

Bez předběžného řízení by dokonce hrozilo, že nalézací řízení by samo zdlouhavostí popíralo svou funkci (úkol), kterou je prosazovat materiální spravedlnost⁸⁰ a kterou naopak po dobu trvání nalézacího (resp. hlavního) řízení předběžné řízení *nepřímě* garantovat umožňuje.

2. Systematické zařazení základních ustanovení o předběžných opatřeních a povaha předběžného řízení

Systematické zařazení ustanovení upravujících předběžná opatření není jen čistě teoretickou záležitostí (např. pro zkoumání podstaty a zařazení řízení), ale bude důležitým praktickým vodítkem pro určení pravidel (zásad), která se použijí obdobně či přiměřeně v případech, že výslovná úprava chybí. Následující komparativní a historický přehled dokazuje nejednotnost, resp. změny v nazírání na uvedenou základní otázku.

12

Ustanovení týkající se arestu a předběžných opatření jsou zařazena v 8. knize dZPO, a to jakožto samostatný (pátý a poslední) oddíl v rámci úpravy výkonu rozhodnutí (*Zwangsvollstreckung*). Na uvedené místo však dle německého ústavního soudu z povahy úpravy sumárního *nalézacího* řízení systematicky nepatří.⁸¹ Nejde totiž o exekuční řízení; do toho patří jen výkon (vykonání) předběžných opatření (§ 928 a násl., § 936 dZPO). Panuje shoda na tom, že systematické zařazení je nepřesné (zásadně nejde o „předsunutou“ exekuci a uspokojení věřitele) a dále že existuje

⁷⁹ Schuschke, W., Walker, W.-D. *Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar*. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1610.

⁸⁰ Srov. Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1206.

⁸¹ BVerfGE 46, 182.

rozdíl, resp. rozdělení na fázi nařízení (*Arrestprozes*) a výkonu opatření předběžné ochrany (*Arrestvollzug*).⁸² Řízení o předběžné ochraně je „zjednodušené“ dvoufázovým řízením, přičemž pro jeho první fázi se použijí ustanovení o nalézacím řízení, pro jeho druhou fázi pravidla „exekuční“, pokud ze zvláštních ustanovení nebo povahy předběžného řízení neplynou určité zvláštnosti.⁸³

Rakouský zákonodárce zařadil nejobecnější úpravu předběžných opatření do EO, tj. mimo öZPO. Zaznívají hlasy pro příslušnost materie do EO i do öZPO, jakož i konstatování, že zařazení je „správné a chybné současně“ – jde o sumární nalézací řízení a předběžné opatření je zvláštním základem pro vykonávací řízení.⁸⁴ Zařazení se jeví jako ospravedlnitelné „pouze“ z důvodu použití procesních předpisů EO.⁸⁵

Ve Švýcarsku je předběžné řízení (*Vorsorgliche Massnahmen*) zařazeno v sZPO v rámci „zvláštních ustanovení“ o *sumárních* řízeních.⁸⁶ Sumární řízení jsou (tak jako „zjednodušená řízení“ a „zvláštní“ řízení, mediace a smírčí řízení) vymezována vůči řízení „obvyklému“ (*Ordentliches Verfahren*).

Základ české úpravy předběžných opatření je obsažen v OSŘ, avšak v podobě rozštěpené do ustanovení označených jako „činnosti soudu před zahájením řízení“ (§ 74 až 77a v části druhé OSŘ) a „řízení v prvním stupni“ (§ 102 v části třetí OSŘ). Ustanovení o tom, jaká pravidla na předběžné řízení případně subsidiárně použít, chybí. Dovožují, že na rozdíl od Rakouska se primárně použijí ustanovení o nalézacím řízení (tj. část první a třetí OSŘ), avšak v otázkách výkonu, resp. vykonávání předběžných opatření se obdobně jako v Německu bude muset použít – přinejmenším jakožto korektiv – ustanovení o výkonu rozhodnutí (část šestá OSŘ), to vše pokud ze zvláštních ustanovení nebo povahy předběžného řízení neplynou zvláštnosti (které by takový postup vylučovaly).⁸⁷

13

Příklad:

Má-li být pohledávka navrhovatele zajištěna zákazem peněžnímu ústavu (poddlužníku) odpůrce nakládat peněžními prostředky na účtu, pak se pravidlo, že usnesení má být doručeno nejdříve peněžnímu ústavu (srov. § 304 OSŘ), subsidiárně promítne do § 76c odst. 2 OSŘ, podle kterého je

⁸² Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 3.

⁸³ Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1612.

⁸⁴ Srov. výklad Sailer, H. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, před § 378, s. 3 a násl.

⁸⁵ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 6.

⁸⁶ Tj. v rámci „zvláštních ustanovení“ (část 2), resp. v rámci sumárních řízení (5. titul části 2) v kapitole páté – čl. 261 a násl.

⁸⁷ Srov. usnesení NS ze dne 8. 6. 2011, sp. zn. 28 Cdo 800/2011: „Ustanovení § 74 až 77a OSŘ sice neupravují postup soudu v řízení o předběžném opatření v plném rozsahu a zákon ani nestanoví podpůrné použití ustanovení obsažených v ostatních částech OSŘ, ze systematického uspořádání OSŘ lze však dovodit, že pro řízení upravená v části druhé (včetně řízení o předběžném opatření) se plně použijí ustanovení části první a přiměřeně též ustanovení části dalších, zejména části třetí. To platí samozřejmě jen tehdy, není-li v § 74 až 77a OSŘ stanoveno jinak, a jen v rozsahu potřebném k dosažení účelu sledovaného institutem předběžného opatření.“

nutno usnesení odeslat ve lhůtě 3 dnů ode dne jeho vydání. To tím způsobem, aby odeslání peněžnímu ústavu v rámci zákonné lhůty předcházelo (čímž – současně – pravidlo § 76c odst. 2 OSŘ není porušeno). Tento postup lze dovodit i ze zásady, která diktuje nezmařit moment překvapení odpůrce a efektivitu předběžného řízení.

Korektiv lze spatřovat i v tom, že způsoby exekučních zásahů jsou limitem pro obsah předběžných opatření, přičemž české právo např. nezná exekuční vazbu povinného.

De lege ferenda je třeba odstranit neopodstatněné „rozštěpení“ v rámci OSŘ a zvolit „kompaktní“ úpravu, např. zařazením obdobnou té Švýcarské. Uvedené rozštěpení působí nedůvodné výkladové problémy, zejm. ve snaze hledat odlišnosti tam, kde smysl řízení, předpoklady i realizaci předběžné ochrany není důvodné pojímat odlišně.⁸⁸ Problémy však začínají již na úrovni legislativní (včetně legislativní techniky), když odkaz v § 102 odst. 3 OSŘ na obdobné použití některých ustanovení „činnosti soudu před zahájením řízení“ vykazuje neúplnosti i chybovosti.⁸⁹

3. Základní typologie předběžných opatření

V teorii i praxi německy mluvících zemí se pracuje se třemi základními druhy „předběžných“ opatření; ty pak někteří autoři po zralé úvaze redukují jen na základní druhy dva. V ČR není níže uvedené členění dobře (ba vůbec) traktováno, přestože jde o členění základní a v mnoha směrech návodné.

14

Pokud se v ČR s jistým členěním setkáme, pak se mluví o předběžném opatření obecném (v současné době ztotožňovaném s předběžným opatřením dle OSŘ) a předběžných opatřeních zvláštních (v současné době ztotožňovaných s předběžnými opatřeními dle ZŘS). Rozdíl má spočívat v tom, že prve uvedené lze použít v souvislosti s kterýmkoli, byť jen předpokládaným řízením.⁹⁰ Takovéto členění představuje jen určitou hrubou orientaci a nelze mu přikládat větší hodnotu: Vždyť např. pro předběžné opatření ve věci ochrany proti domácímu násilí (§ 400 a násl. ZŘS) může věc hlavní představovat nejen řízení o rozvod manželství (o určení, zda tu manželství je či není a o neplatnost manželství), ale také řízení o vypořádání společného jmění manželů nebo řízení o vyjasnění (určení či stanovení) užívacích práv k bytu atp.⁹¹ Naopak předběžnému opatření podle § 76 odst. 1

⁸⁸ Srov. např. Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 353, marg. č. 6 (který podle mého názoru nesprávně dovozuje, že pokud soud návrhu na nařízení předběžného opatření podle § 102 OSŘ ani částečně nevyhoví, je usnesení, kterým byl návrh na nařízení předběžného opatření zamítnut nebo odmítnut nebo bylo řízení o tomto návrhu zastaveno, nutno doručit dalším účastníkům řízení ve věci samé).

⁸⁹ Srov. Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 661.

⁹⁰ Salač, J. in Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. Část první. Řízení nalézací. 7. vydání. Praha : Linde, 2014, s. 320 a násl.

⁹¹ Srov. např. též § 382b EO.

písm. b) OSŘ bude stěží následovat jiné řízení než řízení o výživné. Za *zvláštní* lze označit celou řadu předběžných opatření, přičemž důvody zvláštnosti jsou téměř nepřehledné: Za zvláštní je možné považovat předběžné opatření, jehož odchylka vyplývá z hmotného práva (např. § 920 odst. 2 a 3 ObčZ), nebo takové, jehož předpoklady jsou blíže konkretizovány samotným OSŘ [např. § 76 odst. 1 písm. b) OSŘ], či takové, které má základ v jiném procesním předpise a rovněž upravuje soukromoprávní vztahy (např. srov. § 88c TrŘ), anebo takové, u nichž zákon⁹² nebo soudní praxe dospívá např. k tomu, že určité rozhodné kritérium je bez dalšího naplněno a není třeba jej ani tvrdit (např. hrozba nevratné újmy při distribuci plagiatorských výrobků), či je v důsledku oblasti úpravy považuje za *sui generis* (např. oblast ochrany soutěže). Nejednou hraje svou roli při označení předběžného opatření za zvláštní historická tradice (např. tzv. vzájemné sepsání nebo předběžná opatření ve věci výživného). Kritérii zvláštnosti tedy může být celá řada s tím, že podle mého názoru jde stále „pouze“ o *odchylky*, které však nic nemění na podstatě, funkci předběžných opatření (viz marg. č. 11) a společném základu, který bude i pro předběžná opatření „zvláštní“ subsidiárně použitelný. Nyní však již k výše naznačenému – ve srovnávaných jurisdikcích převažujícímu – členění.

Na prvním místě lze rozlišit *zajišťovací opatření* (*Sicherungsverfügungen*), jejichž pojmový obsah je nejjednoznačněji popsatelný, když jejich cílem je zajištění budoucího (nuceného) prosazení nároku, který je až do vydání konečného rozhodnutí ohrožen hrozícím průběhem skutečností.⁹³ Kritériem členění je zde určitý druh nebezpečí. Tomu je předběžným opatřením předcházeno tím, že je zajištěn určitý stávající stav.

15

Příklad:

Pro zajištění (žalované) peněžité pohledávky je dlužníkovi předběžným opatřením zakázáno, aby daroval nemovitost, která je jeho jediným hodnotným majetkem.

Pro nárok na vydání věci je dlužníkovi předběžným opatřením přikázáno, aby ji složil do soudní úschovy, nebo nepřevedl jinému.

Jinak je tomu u tzv. *regulujících (zatímních) opatření*. Tento pojem zahrnuje opatření vydávaná podle § 940 dZPO, § 381 bodu 2 EO, resp. v ČR podle § 74 odst. 1 první varianty OSŘ, jakožto zdaleka nejširěji (a tím nejvágněji) formulovaného zákonného textu. Pojmové vymezení těchto opatření se leckdy nedaří zejm. tam, kde je snahou provést odlišení od tzv. *zatímních opatření* s efektem plnění (viz níže), neboť je obtížné najít jednotící kritérium.⁹⁴ Pokusy o definiční vymezení se nespíše shodují na tom, že narušenému *komplexu* právních vztahů (poměru) je dán nový pořádek; jde o soudem *vytvořený* nový pořádek (*Rechtsfrieden*). Soud tedy jde za rámec petrifikace stávajícího stavu, když vytváří prozatímní *modus operandi* (režim) narušeného práv-

16

⁹² Např. § 885 odst. 1 věta druhá dBGB: „Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird“.

⁹³ *Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*. München : C. H. Beck, 1971, s. 106.

⁹⁴ Podle Leipolda nejsou tato opatření způsobilá toho, aby byla věcně správně zařaditelná (*Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*. München : C. H. Beck, 1971, s. 107).

ního poměru, který zabraňuje jeho (přílišnému) jednostrannému vychýlení na jednu či druhou stranu (např. formou nenávratné újmy, existenční zkázy atp.).

Příklad:

V rámci sporů ve společnosti s ručením omezeným je předběžným opatřením zakázán výkon (provedení) určitého usnesení společnosti nebo je zakázán výkon zástupčího oprávnění jednatele či společníka.

Příkladem mohou být v rámci rozvodového řízení i „zvláštní“ předběžná opatření ve věci ochrany proti domácímu násilí (§ 400 a násl. ZŘS).

Lze mít za to, že u *zajišťovacích předběžných opatření* se zajišťuje konkrétní (posléze potenciálně vykonávaný) nárok, ke kterému se předběžné opatření vztahuje a v jehož rámci se musí pohybovat, tj. povinný jím nemůže být zatížen více, nežli by byl vlastním splněním zajišťovaného nároku, a základem zajištění musí být právě uplatněný nárok. U *regulujících (zatímních) opatření* se vytvořený nový pořádek musí pohybovat v rámci narušeného poměru. Tedy např. na domácí násilí ze strany manžela bude reagováno vykázaním a zákazem navazování kontaktu, což je nad rámec samotného nároku na zdržení se zásahu do osobnostních práv, nikoli však nad rámec regulovaného právního vztahu.

Třetím pojmem je *zatímní opatření s efektem plnění* (či *zatímní opatření na plnění*) (*Leistungs- nebo Befriedigungsverfügung*⁹⁵), které nařizuje to, co je požadováno a čeho má být dosaženo ve věci hlavní, tedy to, co je nárokováno podle hmotného práva (tedy je zde *překryv*). Jeho exekuční výkon pak vede k *uspokojení* nároku navrhovatele⁹⁶ (k mezitímnosti a předběžnosti viz marg. č. 21).

17

Příklad:

Opdůrce má platit část výživného nebo zajistit jiné plnění (např. dodávku vody), které je požadováno i ve věci samé.

Přiznávaným problémem tohoto trojčlenění je nejednotnost dělicího kritéria – kam např. zařadit zákaz *dalšího* porušování ochranné známky, když zdržení se implikuje jak vytvoření nového, soudcovského pořádku, tak překryv s vyhověním věci samé. Mám za to, že naznačená nedokonalost v členění vychází z toho, že kategorie *zatímních opatření na plnění* se orientuje na obsahovou stránku předběžného opatření v porovnání s nárokem ve věci samé.

Přesto však toto dělení najdeme v každé rakouské, resp. německé učebnici i komentáři, které se týkají předběžné ochrany. Jistě to není samoúčelné. Ostatně stejně tak s uvedenou základní typologií pracuje i praxe, např. v tom ohledu, že klade náročnější požadavky na vydání těch předběžných opatření, která v důsledku zname-

⁹⁵ Označována jsou též opisy typu opatření znějící na plnění, opatření s tendencí k upokojení nebo k uspokojení směřující opatření.

⁹⁶ *Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 108.*

nají obsahový překryv s uplatňovaným nárokem, tj. na zatímní opatření na plnění.

Exkurz:

Zaznamenánímhodnou snahou o odlišení tzv. *Regelungs* a *Leistungsverfügungen* lze zaznamenat u Jauerniga,⁹⁷ pro kterého je dělicím kritériem to, jestli v důsledku odpadnutí předběžného opatření automaticky nastupuje původní stav. Pokud ano (např. je-li uložena povinnost se zdržet), pak jde o přípustná *Regelungsverfügungen*, i když pro mezidobí znamenala uspokojení nároku, neboť zde má být zachována mezitímnost. Pokud ne, resp. k obnovení původního stavu je třeba *contrario actus* (např. je-li uložena platební povinnost), pak má jít o *Leistungsverfügungen*. Tomu však lze oponovat tím, že pokud předběžné opatření odpadne, v obou případech nastává automatická obnova původního stavu v tom smyslu, že od počátku neexistovala povinnost zdržet se nebo povinnost platební. Jestliže v mezidobí bylo plněno, pak šlo o skutkové děje, které byly v rozporu s právní situací, což ani v jednom případě odpadnutím předběžného opatření nedozná změny; to je skutečnost, kterou nijak zpětně změnit nelze. Možné je provést vyrovnání (*Ausgleich*), v jednom případě náhradou škody, v druhém zpětnou platbou; v tomto směru je tedy *contrario actus* nutný v obou případech. *Pro futuro* však právně i fakticky nastupuje původní stav v tom, že lze přestat s placením, resp. je možné (dovolené) vytýkané jednání.⁹⁸

Leipold navrhuje jiné možné dělení předběžných opatření na základě jednotlivého kritéria, kterým je druh jimi odvraceného nebezpečí. Obranná opatření (*Abwehrverfügungen*) se brání hrozícímu zásahu do právních statků navrhovatele; příkladem jsou zejm. opatření na zdržení se zásahu, ale i „upravující“ opatření (např. odnětím práva společníkovi zastupovat veřejnou obchodní společnost má ostatní společníky chránit před ztrátami na jejich podílu, tedy před zásahem do jejich právního statku). Pokud se naopak navrhovatel snaží získat předmět, majetkovou hodnotu, kterou dosud nemá, tedy prahne po rozšíření své stávající právní a majetkové sféry, jde o útočící opatření (*Angriffsverfügungen*). Jde o spěšné odstranění nevýhody, která plyne až z pozdějšího získání předmětného statku, tedy ohrožení pozdějším vylepšením pozice navrhovatele. Vymezení zajišťujících opatření se u Leipolda zjevně neliší, neboť to se i u jiných děje na základě kritéria odvraceného nebezpečí.

Řada autorů výše uvedenou trojčlennou typologii redukuje na zajišťovací a zatímní předběžná opatření, přičemž buď již v regulujících spatřují prvek předběžného (hlavní věc předbíhajícího) plnění na zajišťovaný nárok,⁹⁹ anebo naopak prvek předběžného (hlavní věc předbíhajícího) plnění na zajišťovaný nárok chápou jako *způsob* regulace v rámci regulujících předběžných opatření.¹⁰⁰

K „dvoutypovému“ řešení se přikláním i pro právní řád český. V ČR lze rozlišit předběžné opatření zatímní, které zejm. narušenému *komplexu* právních vztahů (po-

⁹⁷ Jauernig, O. Der Zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen. Zeitschrift für Zivilprozess, 1966, č. 79, s. 321 a násl.

⁹⁸ Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 112.

⁹⁹ Takový je přístup Walkera, který v podstatě uznává jen opatření zajišťující a opatření na plnění, přičemž o těch regulujících sice pojednává, avšak označuje je „údajná“ regulující, tj. spatřuje již v nich prvek „plnění“.

¹⁰⁰ To příp. i u některých předběžných opatření zajišťovacích, pokud dochází k naznačenému obsahovému překryvu – srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 24.

měru)¹⁰¹ dává nový pořádek. Jde o soudem vytvořený nový pořádek (*Rechtsfrieden*), přičemž tento vytvořený předběžný a mezitímní stav v sobě obsahově zahrnuje element alespoň částečného uspokojení navrhovatele buď přímo (tedy plněním překrývajícím se se zajišťovaným nárokem), nebo nepřímo (tedy v důsledku jiného plnění upraveného v rámci narušeného poměru). Vedle toho lze rozlišit předběžné opatření zajišťující, které *zajišťuje* budoucí nucené *prosazení* nároku, které je až do vydání konečného rozhodnutí ohroženo hrozícím průběhem skutečností (ohrožením výkonu rozhodnutí, resp. exekuce). Pokud by jediným možným způsobem tohoto „zajištění“ bylo opatření, které se obsahově překrývá s nárokem ve věci samé, pak takovéto opatření již je svou povahou opatřením zatímním (tj. je možné vydat jen za splnění jeho předpokladů) – předbíhá totiž věci samé, což může být odůvodněno jen zajišťovacím důvodem platným pro zatímní opatření. Opačné řešení by znamenalo možnou okamžitou exekuci na plnění bez zvláštního důvodu, čímž by konstrukce zajišťovacího důvodu dle § 76 odst. 2 druhé alternativy OSŘ a též opatření k jeho provedení pozbývala smyslu.

Příklad:

Zatímním opatřením je rozhodnuto o tom, že věc vlastněná navrhovatelem, která mu byla násilně odebrána, mu má být vrácena. Zatímním opatřením je odpůrci zakázáno šířit o navrhovateli hanlivé výroky.

Zajišťovacím opatřením je odpůrci uloženo, aby věci, které hodlá schovat před exekucí, složil do soudní úchovy (nikoli však do rukou navrhovatele).

Znemožnění prosazení nároku navrhovatele na doživotní užívání a požívání sadu tím, že jej odpůrce vymítí, zajištěné příkazem zdržet se takového jednání (z důvodu nenapravitelné škody na straně navrhovatele), považují za zatímní opatření. Stejně tak umožnění účasti sportovci s „neoprávněně pozastavenou činností“ na sportovní události, která již pro datum konání nebude možno v budoucnu uskutečnit, bude podléhat režimu zatímního opatření (pokud by dostatečným důvodem umožnění účasti mělo být, vedle tak jako tak nutného osvědčení nároku na účast, toliko jen ohrožení účasti, pak by nebyla zaručena rovnost zbraní, neboť by bylo vyloučeno vyvažování zájmů stran, které je typické v rámci zkoumání zajišťovacího důvodu zatímních opatření).

Přestože se přikláním¹⁰² k řešení dvoutypovému, zmiňují skutečnost, že zatímco doplnění „prapůvodního“ zajišťovacího opatření o regulující zatímní opatření bylo bezesporu záměrem zákonodárcovým (srov. § 381 bod 2 EO), pak předběžná opatření s efektem plnění¹⁰³ jsou spíše výsledkem soudního dotváření práva a důsledkem požadavku efektivní a úplné ochrany subjektivních práv. Z tohoto pohledu¹⁰⁴ tedy lze o určité „trojakosti“ *předběžných opatření* hovořit.

V právních poměrech ČR lze v současné době shrnout, že OSŘ upravuje dvě varianty, resp. dva druhy předběžných opatření, a to předběžné opatření zatímní (ať již obsah-

¹⁰¹ Srov. § 74 a 102 OSŘ.

¹⁰² I na podkladě českého zákonného textu.

¹⁰³ Včetně podmínek pro jejich vydání.

¹⁰⁴ Předchozí věta je jistě zjednodušující a na „úmysl“ zákonodárce „rakousko-českého“ panují různé názory.

vě „pouze“ regulující, či „obsahově“ s cíleným prvkem plnění nároku) a zajišťující (tj. petrifikující *status quo*¹⁰⁵). Vysoká míra zobecnění skutkových podstat zakládajících procesní nárok na vydání předběžného opatření v ČR má ten efekt,¹⁰⁶ že dovoluje širokou (nesvazující) interpretaci, ke které srovnávané státy dospěly až výkladem či dokonce soudním dotvářením práva, týkající se zejména aspektu předběžného „uspokojení“ nároku.¹⁰⁷ Po linii dvou zákonných alternativ lze tedy rozlišovat zajišťující opatření, která prosazení (vykonání) tvrzeného (zajišťovaného) nároku toliko zajišťují, a zatímni opatření, která na prosazení (vykonání) tvrzeného (zajišťovaného) nároku, v rámci právního poměru, již v určitém rozsahu předběžně a mezitímně vytvořením provizorního stavu umožňují (zajištění v širším slova smyslu). Zatímni opatření pak zahrnují jak ty, která podle (poněkud relativního) členění jsou přímo cílena na (alespoň částečné) „předběžné uspokojení“,¹⁰⁸ resp. ty, která „předběžné uspokojení“ v sobě částečně nesou, byť cílení nároku ve věci samé je jiné.¹⁰⁹ Z pohledu praxe je pak podstatné (a leckdy opomíjené), že zkoumání přípustnosti vydání předběžného opatření na základě určitého skutkového stavu se musí orientovat na konkrétní zákoné skutkové podstaty, které vyhovění návrhu podmiňují zcela odlišnými předpoklady. Jasná představa o tom, které zajištění (v úzkém či širokém smyslu) za vydaným předběžným opatřením „stojí“, je nezbytné např. i pro posouzení změny poměrů atd.

Výše provedenou typizaci v nastíněném vývoji považuji za klíčový element pro pochopení podstaty i „praktické užití“ institutu předběžných opatření. Nepochybně lze, resp. je nutno na oddělitelné (pod)skupiny předběžných opatření vázat dílčí odlišené požadavky, které by naopak při jejich paušalizaci vedly k zcela nesprávným řešením. Kupř. požadavek zákazu předbíhání věci samé má nutně odlišnou platnost pro zajišťovací anebo naopak zatímni opatření – viz marg. č. 21 atp.

4. Vztah k (řízení ve) věci samé

4.1 Obecné vymezení (předmět řízení)

Vztah řízení o vydání předběžného opatření a řízení ve věci samé, resp. řízení hlavního se odehrává na několikero úrovních. Předmětem dalšího zkoumání jsou obecně a následně některé konkrétní otázky související s problematikou předmětu řízení.

18

¹⁰⁵ Pokud by i zde výjimečně mělo dojít k obsahovému k plnění, pak však již zastávám názor, že je třeba použít kritérií platných pro zatímni předběžná opatření.

¹⁰⁶ Vznikl historicky „proškrtním dosavadní úpravy a tím zároveň kouzelné nechtěný“.

¹⁰⁷ V Rakousku „úzkoprost“ § 381 bod 2 EO dodnes vytváří problém, jak se např. u předběžných opatření na zdržení oprostít od svazujících podmínek uvedeného ustanovení, což je možné „úspěchem“ do bodu 1 uvedeného paragrafu. Tento postup pak však vyvolává nutnost připouštět zajišťovací opatření „s efektem plnění“ (*vorgreifende einstweilige Verfügungen*) – srov. König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 35 a násl.

¹⁰⁸ Např. na část výživného či renty, na zdržení se jednání atd.

¹⁰⁹ Např. v předběžný zákaz výkonu zástupčí (jednatelské) funkce přináší z pohledu cíle dosáhnout zbavení jednatelské funkce částečné uspokojení.

Již výše byl učiněn prvotní rámcový závěr, že předběžná ochrana *slouží* ochraně poskytované ve věci samé, jejímž prostřednictvím (*nepřímo*) též slouží ochraně materiálních práv. S pomocí uvedeného základního závěru se pokusím vysvětlit podstatu zkoumaného vztahu i na dalších problematických úrovních.

Nejprve je třeba zodpovědět otázku, co je *předmětem „hlavního“ řízení (sporu)*, co je *předmětem řízení zajišťovacího* (o vydání předběžného opatření) a zda se tyto předměty liší. S pomocí výše uvedeného závěru, podle kterého předběžná ochrana *slouží* ochraně poskytované ve věci samé, jejímž prostřednictvím (*nepřímo*) též slouží ochraně materiálních práv, lze otázku zodpovědět následujícím způsobem. V zajišťovacím řízení se především nerozhoduje o zajišťovaném *materiálním* (hmotnému) právu. Rozhodnutí o něm, včetně jeho prosazení, je předmětem řízení hlavního. Předmětem zajišťovacího řízení je naopak (*procesní*) *nárok na zajištění*, který slouží ohroženému materiálnímu subjektivnímu právu, příp. ohroženému materiálnímu právnímu poměru.¹¹⁰ Zcela patrné je to u zajišťovacích předběžných opatření, avšak platí to i pro zatímní předběžná opatření, neboť ani zde se nerozhoduje o zajišťovaných „poměrech“ samých.¹¹¹ I zatímní předběžná opatření, včetně těch, kterým je přisuzován uspokojující charakter, mají z *právního* pohledu v kontrastu s rozhodnutím ve věci samé vždy jen předběžný (prozatímní) charakter (viz marg. č. 21). Zejména jde nanejdříve o předběžné uspokojení, které nevylučuje řízení a rozhodnutí ve věci samé,¹¹² ani neznamená odpadnutí (naléhavého) právního zájmu na vedení hlavního řízení.¹¹³ To lze vyvodit i z účelu předběžné ochrany, kterým je *a priori* jen „předběžné“¹¹⁴ soudní rozhodnutí. Stejně lze v ČR dovodit z toho, že § 73 odst. 3 OSŘ bezpodmínečně soudu přikazuje uložit navrhovateli, aby ve stanovené lhůtě podal u soudu návrh na zahájení hlavního řízení. Předběžné řízení tedy právně nemůže a *nesmí řízení hlavní nahradit, o předmětu hlavního řízení se v něm nerozhoduje*.

Lze uzavřít, že zajišťovací řízení a řízení ve věci samé mají *vždy odlišný předmět sporu* (řízení).¹¹⁵

Někteří autoři nepřisuzují pátrání po „předmětu zajišťovacího a hlavního řízení“

¹¹⁰ Obdobně Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 165.

¹¹¹ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 165; Baur, F. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967, s. 98; Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 104.

¹¹² Uvedené platí i tam, kde byl obsah předběžného opatření exekučně vynucen. Proti dvojmu plnění chrání dlužníka mj. ustanovení exekučního práva (např. § 775 body 4 a 5 dZPO, resp. § 268 OSŘ).

¹¹³ Zamítnutí žaloby z důvodu nedostatku právního zájmu na právní ochraně (*Rechtsschutzbedürfnis*) nelze připustit (Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 679).

¹¹⁴ O záměru zákonodárce na vytvoření právní (soudní) ochrany s dominujícím prvkem předběžnosti nemůže být pochyb.

¹¹⁵ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 104; Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1210.

důležitost (konstruktivnost),¹¹⁶ případně větší praktičnost.¹¹⁷ Uspokojují se s akceptací toho, že zajišťovací řízení – s ohledem na svou sloužící funkci ve vztahu k řízení hlavnímu – pouze musí mít *vztah* k předmětu hlavního řízení, který „zajišťuje“, a to aniž by tento předmět řízení přebíralo. Obě skupiny autorů se dále vypořádávají s problematikou, která vyvstává na dalších problematických úrovních vztahu řízení zajišťovacího a hlavního řízení (viz marg. č. 19). Někteří autoři připouštějí,¹¹⁸ že právě ze závěrů vyvozených ze zkoumání těchto dalších okruhových problémů lze abstrakcí dospět k definici „předmětu toho kterého řízení“ – tím se však dostávají do určitého zacyklení problematiky.

Mám za to, že pátrání po předmětu řízení o vydání předběžného opatření alespoň ve výše provedeném rozsahu svůj smysl má, neboť provedené odlišení bude začasť umožňovat odpovědi na nejednoznačné otázky, které se v rámci předběžné ochrany kladou. Přispívá i k uvědomění si, že předmětem předběžného řízení není ani „pouhý“ zajišťovaný *nárok* (samostatný nebo příp. vyplývající či dovoditelný z právního poměru, který je třeba upravit), ani předmět řízení nelze omezit na zajištění procesního *statusu quo*. Za předmět řízení lze mít procesní nárok na *zajištění*, který je konkretizován v předběžném řízení zkoumaným určitým prozatímně zajišťovaným nebo regulovaným (upravovaným) právním postavením,¹¹⁹ charakterizovaným zejm. zajišťovacím důvodem a zajišťovaným nárokem, jakož i důsledky z nich vyplývajících (uvedené důsledky se projeví ve formulaci návrhu, resp. výroku rozhodnutí).

4.2 Konkrétní souvztažnosti (litispence, res iudicata, prejudicialita, promlčení atd.)

Konsekvence zjištění, že předmět zajišťovacího řízení je odlišný od předmětu řízení hlavního, nás přibližuje odpovědi na otázky možné koexistence a souvztažností zajišťovacího řízení a řízení ve věci samé. Tyto otázky se mohou klást zejména s ohledem na posuzování překážky věci zahájené, právní moci a prejudiciality:

19

1. Především zajišťovací řízení a řízení ve věci samé nepředstavují jedno pro druhé *překážku věci zahájené*.¹²⁰ Tedy např. ani již uplatněný nárok na plnění není na překážku vydání předběžného opatření, které bude požadovat totéž plnění předběžně (typicky výživné nebo zdržovací nárok). Jinou specificky řešenou otázkou je vzájemný vztah vícera koexistenčních zajišťova-

¹¹⁶ Např. Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2288.

¹¹⁷ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 165 (byť jej s výhradou „definují“).

¹¹⁸ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 5.

¹¹⁹ Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1210.

¹²⁰ Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1616.

cích řízení navzájem (viz marg. č. 73).

2. V otázce právní moci není pohyb o tom, že *právní moc* rozhodnutí vydaných v zajišťovacím řízení nemá jakýchkoli účinek ve vztahu k zjišťovanému nároku (rozhodnutí o něm); tento totiž není předmětem zajišťovacího řízení, a není o něm tedy jakkoli rozhodováno. Rozhodnutí z předběžného řízení v hlavním řízení proto jakkoli nezavazuje a ani neodnímá (naléhavý) *právní zájem* na vedení hlavního řízení.
3. Z důvodu uvedeného pod č. 2 je vyloučen jakýkoliv vztah *prejudiciality* rozhodnutí vydaných v zajišťovacím řízení ve vztahu k hlavnímu řízení.¹²¹ Na druhou stranu však pravomocné rozhodnutí o nároku v hlavním řízení (tj. nároku, který je v řízení zajišťovacím zajišťovaným nárokem), je v mezích právní moci závazně určující pro (dílčí) otázku osvědčení zjišťovaného nároku,¹²² ať již negativně (soud vychází z neexistence nároku), či pozitivně (soud vychází z danosti nároku).
4. Přechod ze zajišťovacího řízení do řízení ve věci samé nebo naopak není přípustný.
5. V otázce *promlčení* platí hmotněprávní ustanovení, které s podaným návrhem na zahájení řízení o vydání předběžného opatření stavení promlčecí doby nepojí (ČR, Rakousko¹²³), resp. v Německu až do modernizace závazkového práva s účinností od 1. 1. 2002 nepojily (srov. § 204 odst. 1 bod 9 BGB).
6. *Vedlejší účastenství* v hlavním řízení neopravňuje vedlejšího účastníka k samostatnému zahájení předběžného řízení.¹²⁴ Podpora ve vztahu k nároku ve věci samé (tedy jednomu předmětu řízení) neopravňuje současně k zahájení řízení se samostatným (odlišným) předmětem řízení. Obdobně platí pravidlo pro vedlejšího účastníka, podporujícího účastníka předběžného řízení.¹²⁵
7. *Přerušení řízení* ve věci samé (§ 111 OSŘ), včetně tzv. *klidu řízení* (§ 110 OSŘ), není překážkou, a tedy nebrání zahájení a pokračování v zajišťovacím řízení; zásadně tedy lze i po dobu klidu hlavního řízení činit procesní úkony v zajišťovacím řízení.¹²⁶

K výše řešeným souvislostem přistupuje problematika, zda a příp. do jaké míry předběžná ochrana *předjímá* rozhodnutí ve věci samé; ta je však řešena pod marg. č. 41

¹²¹ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 673; Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2292.

¹²² Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 204.

¹²³ § 1497 ABGB, rozhodnutí OGH sp. zn. 6 Ob 279/08 k.

¹²⁴ Shodně König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 205.

¹²⁵ Pokud možnost vedlejšího účastenství v zajišťovacím řízení připustíme.

¹²⁶ Podrobně Kodek, G. (ed.) Grundbuchsrecht Kommentar. Wien : Manz, 2007, § 390, marg. č. 31.

a násl.

4.3 Otázka samostatnosti řízení o vydání předběžného opatření

Na základě výše uvedeného převládá názor, že zajišťovací řízení (řízení o vydání předběžného opatření) je ve vztahu k řízení ve věci samé (resp. k hlavnímu řízení) 20
samostatné řízení.^{127, 128}

Do značné míry s tím lze souhlasit, avšak se zohledněním vazeb na řízení ve věci hlavní, kterými jsou zejm. služební charakter, přípustnost zajištění jen ve smyslu určitého minus charakteru v porovnání s věcí samou, jakož i z hlediska obsahu předběžných opatření nepřekročení rámce představovaného zajišťovaným právem, resp. upravovaným právním vztahem. Tyto charakteristiky zásadní samostatnost předběžného řízení podle mého názoru nenarušují, pouze toto řízení zasazují do širšího rámce (upřesňují jeho vazby) a „zvnějšku“ působí na potřebnost, možné prostředky, trvání předběžné ochrany atp.

5. K předběžnosti a prozatímnosti (mezitímnosti) předběžných opatření

V souvislosti s opatřeními, ochranou a řízeními, které jsou zkoumány v této práci, se obvykle bez bližšího rozlišení mluví o jejich předběžnosti, zatímnosti, mezitímnosti, 21
 prozatímnosti nebo provizornosti.

OSŘ, příp. ZŘS zná především předběžnost (jakožto adjektivum vztahující se k opatřením a vykonatelnosti), prozatímnost (ve vztahu k úpravě styku podle § 486 ZŘS) a zatímnost (jakožto charakteristiku úpravy poměrů v § 74 a 102 OSŘ).¹²⁹ Také v Německu se na podkladě zákonného textu obvykle rozlišují dva pro mnohé obsahově odlišné pojmy (resp. adjektiva), a to mezitímní, příp. (pro)zatímní (*einstweilig*) a předběžná (*vorläufig*) právní ochrana, jakožto dvě navzájem propletené stránky nároku na poskytnutí právní ochrany. Jelikož uvedené rozlišení není samoúčelné, ba naopak napovídá leccos o charakteru (účelu) přijímaných opatření, má smysl se jím v rámci objasňování podstaty zkoumaného institutu blíže zabývat.

Lze přitom i pro české právo konstatovat, že se jedná o dvě stránky jednotné právní ochrany (resp. charakteristiky), které jsou přijímaným opatřením vlastní. Terminologicky tedy rozlišují mezi prozatímností (mezitímností) na straně jedné a předběžností.

¹²⁷ Tak např. Prütting, H., Gehrlein, M. ZPO Kommentar. 6. vydání. München : C. H. Beck, 2014, s. 2286, nebo OGH MR 995, 101 a násl.; König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 203; Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionssordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 390, s. 4.

¹²⁸ To podporuje i to, že řízení ve věci samé nemusí vůbec proběhnout.

¹²⁹ U nás do roku 1950 platný rakouský exekuční řád upravoval opatření, které OSŘ označuje jako předběžná, pod názvem *zatímní opatření*.

Z právního či právněteoretického¹³⁰ pohledu podávaná charakteristika vystihuje podstatu (funkci) ochrany prostřednictvím předběžných opatření.

1. *Předběžnou právní ochranu* lze charakterizovat s ohledem na dva základní rysy:
 - a. z pohledu procesního jde o plně účinné rozhodnutí, tj. *plně exekučně prosaditelné (příp. jinak vykonávané) opatření*,
 - b. jehož existence je ovšem *ohrožena (imanentně spojená s) možným zrušením či změnou* v důsledku jednotlivých zvláštních ustanovení právní úpravy.¹³¹

Předběžnost ochrany (podobně jako u předběžné vykonatelnosti¹³²) je založena na *možném (předvídaném) zrušení* předběžné ochrany (předběžného opatření). Předběžnost znamená *změnitelnost nebo zrušitelnost právní (soudní) ochrany*. Ohledně svého obsahu je však předběžná ochrana *plná* – plně (exekučně) prosaditelná.¹³³

2. *Mezitímní (prozatímní) ochrana* slouží zachování (podržení či zajištění) – smysluplné – způsobilosti rozhodnout ve věci samé (*Offenhaltung der Entscheidungsfähigkeit*), resp. způsobilosti realizovat takovéto rozhodnutí.¹³⁴ Mezitímnost znamená *zajištění* stavu před možnými změnami, které by ohrozily uskutečnění práva přiznaného v nalézacím řízení.¹³⁵ Mezitímní ochrana sleduje zajištění pozdějšího *možného* prosazení nároku v řízení ve věci samé, resp. v řízení navazujícím, které předběžné řízení nemůže nahradit. Jde tedy o zachování rozhodovacích možností v „hlavním řízení“,¹³⁶ resp. *zachování možného průchodu práva*.

Z určitého úhlu pohledu by se výše uvedené charakteristice mohla vymykat některá ze zatímních opatření [zejm. tzv. *Leistungsverfügungen*, tedy předběžná opatření, na jejichž na podkladě dochází k uskutečňování (zajišťovaného materiálního) práva]. Někteří autoři je chápou jako výjimku,¹³⁷ jiní výše uvedenou charakteristiku

¹³⁰ Oproti v některých případech možnému odlišnému pohledu *de facto*.

¹³¹ Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2287.

¹³² Předběžná vykonatelnost – jak bude dále vysvětleno – nevykazuje aspekt mezitímnosti, spočívající v zajištění (podřízení) otevřenosti možného výsledku hlavního řízení (Musielak, H.-J. Zivilprozessordnung Kommentar. 11. vydání. München : Franz Vahlen, 2014, s. 2461). Obdobně tomu je v případě řízení z rušení držby (Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1207).

¹³³ Baur, F. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967, s. 9 a násl.; Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 662.

¹³⁴ Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2287; Heinze, M. Der einstweilige Rechtsschutz im Zahlungsverkehr der Banken. Frankfurt am Main : Knapp Fritz Verlag, 1984, s. 18 a násl.

¹³⁵ Baur, F. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967, s. 1 a násl.

¹³⁶ Např. Musielak, H.-J. Zivilprozessordnung Kommentar. 11. vydání. München : Franz Vahlen, 2014, s. 2461.

¹³⁷ Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání.

mezitímnosti vztahují i na ně.¹³⁸ Podle posléze uvedeného mínění jde stále a jen o *zajištění* ve vztahu k „hlavnímu“ řízení,¹³⁹ jednak totiž bez vazby na hlavní řízení není zajišťovací řízení právně myslitelné (neboť jemu slouží) a jednak i předběžná opatření s efektem plnění uspokojují dočasně, když nevylučují řízení a rozhodnutí ve věci samé, resp. tento druh *justifikace* přímo vyžadují (srov. část o vztahu řízení zajišťovacího a řízení ve věci samé u marg. č. 18, zejm. § 76 odst. 3 OSŘ¹⁴⁰). V důsledku justifikace či jejího nedostatku ve výsledku *hlavního řízení* pak nejpozději mezitímnost končí a nastupuje právně konečný stav, který nastoluje právě hlavní řízení.¹⁴¹ Mezitímní ochrana je tedy méněcenná oproti ochraně poskytované v hlavním řízení. Lze o ní tvrdit, že má ve srovnání s ochranou v hlavním řízení vždy jakýsi *minus charakter* (mj. vyžaduje justifikaci a řízení ve věci samé nemůže nahradit ani vyloučit).

Přesto mám za to, že mezitímnost je třeba ve vztahu k zatímním opatřením chápat *nejen* jako charakteristiku s ohledem na zajištění ve vztahu k „hlavnímu“ řízení, ale z hlediska účelu a přípustnosti je třeba výše uvedené vymezení („střížené“ primárně pro zajišťovací opatření) doplnit. Charakteristiku mezitímnosti pak pro oblast zatímních opatření doplňují o účel *zajištění (úpravy) stavu (vztahu)* pro dobro poklidného nebo efektivního průchodu práva *již v mezidobí*, v jehož průběhu by smysl (na podkladě hlavního řízení) konečné právní ochrany mohl být negován či zpochybněn.

Příklad:

Realizace práva ve vykonávacím řízení je zajištěna zákazem jednání (zcizování majetku), které by znamenalo, že rozsudek „zůstane jen na papíře“ a exekuce vyjde fakticky na prázdno.

Svéomocné roztržky mezi účastníky jsou uklidněny předběžným opatřením upravujícím režim používání společné věci.

Zdržovací nárok, např. na ochranu před šířením urážlivých tvrzení, plagiátů výrobků, vyzrazením obchodního tajemství atp., je již v mezidobí zajištěn zákazem, jehož absence by celkové vyznění sporu negovala nebo podstatně zpochybnila.

Výše uvedené – v zájmu jasnosti – *zjednodušuji* zkrácením na popis

- a. *mezitímnosti* (prozatímnosti), která je dána účelem charakterově procesního zajištění možnosti budoucího reálného prosazení nároku samého (příp. i způsobem *provedení úpravy poměrů zatímním opatřením již*

München : C. H. Beck, 2012, s. 2287.

¹³⁸ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 663.

¹³⁹ Mám za to, že je třeba odlišit zajištění a *způsob* (provedení) zajištění. To, že určitý vztah nelze zajistit (či zatímně upravit) jinak než způsobem zajištění, který se ve způsobu plnění překrývá se způsobem plnění zajišťovaného nároku, neodnímá opatření jeho primární charakteristiku jakožto opatření zajišťovací.

¹⁴⁰ Předseda senátu při nařízení předběžného opatření uloží navrhovateli, aby ve lhůtě, kterou mu určí, podal u soudu návrh na zahájení řízení.

¹⁴¹ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 663.

pro mezidobí), který musí být justifikován, a

- b. *předběžnosti*, která je dána možností (ochranou) přiznaná práva ze zajištění plně vymoci („vyexekuvovat“ či jinak vynutit), ovšem s předem známým rizikem možného zrušení, zániku či změny předběžného rozhodnutí (titulu).

Mám za to, že oba zkoumané aspekty jsou „předběžným opatřením“ vlastní a stojí v základech jejich vymezení z pohledu právního.

6. Předpoklady důvodnosti předběžné ochrany

Bylo-li řečeno, že předběžná ochrana má za úkol předejít určitému nebezpečí, pak je nutné odpovědět na dvě otázky, a sice „ve vztahu k čemu“ nebezpečí hrozí a o „jaké“ nebezpečí má jít. Z jiného pohledu se otázka staví tak, jaké předpoklady pro vydání předběžného opatření vlastně soudce zkoumá (vedle procesních podmínek), resp. musí zkoumat, má-li mít návrh za *důvodně* podaný.

22

Odpovědi na uvedené otázky se *skrývají* v „základním“ ustanovení právní úpravy normující předběžná opatření (v ČR v § 74 a 102 OSŘ).¹⁴² To však v důsledku vysoké míry zobecnění, provedené československým zákonodárcem, jen zastřeně. *Latentně* je však stávající právní úpravě stále *imanentní* následující rozlišení, které současně dává odpověď na výše uvedené otázky.

V naší předválečné, jakož i rakouské a německé právní vědě a praxi se zcela běžně rozlišoval, resp. rozlišuje tzv. Verfügungsanspruch a tzv. Verfügungsgrund, které jsou chápány jako předpoklady pro to, aby předběžná ochrana mohla být poskytnuta, resp. aby podaný návrh na vydání předběžného opatření byl důvodný. V prvním případě jde o *zajišťované právo*, v druhém o *důvod* rychlé ochrany (předběžného zásahu), tj. určité *ohrožení* prosazení práva.

Zajišťované právo a zajišťovací důvod jsou, jak řečeno, imanentní i současnému českému právu. Jejich vymezení a odlišení patří bezesporu nejen do oblasti teoretického pojednání, odkud se bez zjevných příčin vytratilo,¹⁴³ ale má své místo i v praxi, která v rámci (schématu) zkoumání důvodnosti návrhu na vydání předběžného opatření musí nutně nabýt potřebného přesvědčení jak o danosti zajišťovaného práva, tak zajišťovacího důvodu.

Zajišťované právo, resp. *nárok* je třeba chápat v širokém smyslu a zvláště v případě zatímních předběžných opatření o něm mohou být spory; zajišťovaný nárok zde někteří chtějí nahradit právním vztahem. To se jistě nabízí, vezmeme-li ohled na to, že zákon mluví o poměrech účastníků, nicméně i v rámci těchto vztahů lze, resp. je nutno vysledovat konkrétnější *právo (nárok)*, ke kterému se *zajištění váže*.¹⁴⁴ Jistě upoutá, že

23

¹⁴² Předseda senátu může nařídit předběžné opatření, je-li třeba, aby zatímně byly upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by výkon soudního rozhodnutí (v řízení posléze vydaného) byl ohrožen.

¹⁴³ Viz poválečná učebnicová i komentářová pojednání o předběžných opatřeních.

¹⁴⁴ Walker mluví o právech, které z právního poměru pro navrhovatele vyplývají a jejichž výkon má být zajištěn nebo umožněn prostřednictvím požadované úpravy v rámci tohoto vztahu (srov. *Schuschke, W.*,

zajišťované *materiální* právo (příp. oprávněnost jiného hmotněprávního¹⁴⁵ požadavku – nároku – uplatňovaného ve věci samé) je přitom předmětem¹⁴⁶ „nalézání“ i ve věci samé.¹⁴⁷ OSŘ upíná v § 74 a 102 předběžnou ochranu k „řízení“, tj. bez tohoto řízení a jeho předmětu by předběžná ochrana nebyla myslitelná, neboť jemu slouží (dosažení jeho účelu podporuje, resp. efektivitu ochrany práv v tomto „řízení“ zajišťuje).

Příklad:

Zajišťovaným právem je typicky peněžitá pohledávka, dále např. právo na vydání věci, „díleč“¹⁴⁸ právo spoluvlastníka na poměrné užívání věci, „díleč“ právo na dodávku vody z dodavatelsko-odběratelského poměru atp.

Zajišťované právo musí být v době požadované předběžné ochrany „žalovatelné“¹⁴⁹ (srov. § 76 odst. 3 OSŘ), myšleno potenciálně způsobilé uplatnění v řízení. Tím je vyloučeno zajištění pouhých očekávání (např. že navrhovatelé případně dědictví, resp. nároky z toho plynoucí), příp. jsou vyloučena budoucí (dosud neexistující) práva, pokud neexistuje ani právní poměr, z něhož by mohla vzniknout.¹⁵⁰ Naopak podmíněnost nebo dosavadní nesplatnost práva, resp. pohledávky z vůle zákonodárce „tradičně“¹⁵¹ na překážku předběžné ochrany zásadně není, jelikož tato práva již existují (resp. byla konstituována).

Nabízí se též otázka, zdali by zajišťovaným právem mohla být naturální obligace. Mám za to, že nikoli. V Rakousku je výluka tzv. *Naturalobligationen* podtypem výše uvedeného požadavku „žalovatelnosti“.¹⁵²

Zajišťovací důvod (důvod zajištění) je dostatečný (kvalifikovaný) důvod, který opravňuje k přijetí předběžného opatření, tj. takové ohrožení prosazení práva, kterému nelze předejít jinak než vydáním předběžného opatření. Tento důvod, jelikož legitimuje k zásahu do svobody, resp. majetkových poměrů odpůrce, musí být i dostatečně kvalifikovaný (má-li být legitimní) a měl by být co nejjednoznačněji vymezen zákonodárcem. To se zprvu dělo přímým výčtem jednotlivých zajišťovacích důvodů, pozdější vývoj však směřoval od kazuistiky ke („správnému“) zobecnění. Není pochyb o tom, že naše současná právní úprava na uvedené tradice navazuje. Problém je

24

Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1623).

¹⁴⁵ Míněno tak, že i určovací nebo právotvorné žalobní požadavky mají svou hmotněprávní oporu.

¹⁴⁶ Ve formě nároku ve smyslu procesním.

¹⁴⁷ K otázce předjímání rozhodnutí ve věci samé srov. marg. č. 47 a násl.

¹⁴⁸ Míněno z „právního poměru“ vyplývající.

¹⁴⁹ Srov. Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1623 (*gegenwärtig einklagbar*).

¹⁵⁰ Tak Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 2298.

¹⁵¹ Srov. § 916 dZPO, § 378 EO. Pochopitelně je třeba trvat na splnění dalších předpokladů pro vydání předběžného opatření.

¹⁵² König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 26.

však v tom, že na rozdíl od nich jsou v ČR skutkové podstaty vymezené v § 74 a 102 OSŘ jednak na velmi vysokém stupni *obecnosti* a jednak absentuje byť *příkladné* (srovnávací) uvedení toho, jaké potřebě slouží nebo v jakém konkrétním případě má ohrožení exekuce být předejito. Vyjdeme-li v pátrání z historického vývoje (tradic) předběžné ochrany (viz marg. č. 6 a 10), analýzy případů, ve kterých je poskytována, komparativního srovnání, účelu a ústavněprávních požadavků (viz marg. č. 11 a 72), dojdeme k závěru, že důvody zajištění budou zcela obdobné těm, které byly konkrétnizovány v dřívějších, resp. srovnávaných právních úpravách. O tom mj. svědčí „příklady“, které zákonodárce vyjmenoval jakožto možné *způsoby, resp. opatření k předejití nebezpečí* (ohrožení), tj. opatření, aby odpůrce platil výživné *v nezbytné míře* anebo poskytl alespoň část pracovní odměny, jde-li o trvání pracovního poměru a navrhovatel *ze závažných důvodů* nepracuje.

Zajišťovací důvod se liší u zajišťovacích na rozdíl od zatímních opatření. Pro základní přehled lze obecně říci, že zajišťovacím důvodem zajišťovacích opatření v úzkém slova smyslu je „*ohrožení*“ *budoucí exekuce* (ať již ve smyslu jejího zmaření, nebo „jen“ podstatného ztižení), zajišťovacím důvodem zajišťovacích opatření v širokém slova smyslu je hrozící násilí,¹⁵³ nenapravitelná škoda,¹⁵⁴ podstatná újma (*wesentliche Nachteile*)¹⁵⁵ nebo jiný důvod, pro který je přijetí opatření nezbytně potřebné (*nezbytné*).¹⁵⁶ Na zajišťovací důvod u zatímních předběžných opatření jsou kladeny velmi přísné požadavky. Je požadováno, aby bylo pro zajištění právní ochrany navrhovatele *nutné* a současně aby provedené „zvažování zájmů stran“ daného případu, zejm. očekávané vyznění případu a míra potřebnosti ochrany pro tu kterou stranu, dopadlo ve prospěch navrhovatele,¹⁵⁷ a to spíše zřetelně (tedy nikoli jakýmsi „patem“).

Příklad:

Zajišťovacím důvodem je typicky ohrožení z jednání dlužníka, kterým záměrně zhoršuje svou majetkovou situaci tak, aby zmařil exekuci, dále hrozba (svémocného) násilí, např. svémocného vyklizení nájemce z bytu nebo uzmutí věci, existenční ohrožení navrhovatele, jako např. okamžitá potřeba „výživy“, zajištění jeho zdraví nebo hrozba prakticky ze své podstaty neodčitelného zá-sahu do práv osobnostních nebo práv duševního vlastnictví.

Konkrétní kvalifikované *nebezpečí* i jeho *vztah* ke konkrétnímu chráněnému statku (právu) musí být soudem v individuálním případě zjištěno („nalezeno“); obecná „hrozba“, že hlavní řízení dlouho „potrvá“, rozhodně nepostačí.

O důvodnosti návrhu na vydání předběžného opatření tedy nelze mluvit bez existence, resp. procesního zjištění „*zajišťovaného práva*“ a „*důvodu zajištění*“. Zatímco zajišťované (tvrzené) materiální právo je vůbec předpokladem pro to, aby mohla být po-

¹⁵³ Srov. § 940 dZPO a § 381 odst. 2 EO.

¹⁵⁴ Srov. § 381 odst. 2 EO.

¹⁵⁵ Srov. § 940 dZPO.

¹⁵⁶ Srov. § 940 dZPO a § 76 odst. 1 *první alternativu* OSŘ. Srov. Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1227.

¹⁵⁷ Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 748, marg. č. 1611.

skytnuta právní (soudní) ochrana, legitimuje důvod zajištění k tomu, aby mohla být poskytnuta právě předběžná ochrana.¹⁵⁸

Spor může být o to, zda je třeba v rámci zjišťování danosti zajišťovacího důvodu provádět „odvažování a vyvažování“ zájmů stran. Ustanovení § 74 odst. 1 (§ 102 odst. 1) OSŘ si ve druhé¹⁵⁹ alternativně vystačí s *obavou*, že by výkon soudního rozhodnutí byl (mohl být) ohrožen. Je tím vysloveno hodnotové rozhodnutí zákonodárce, že v takovémto případě již další „odvažování a vyvažování“ zájmů stran není zapotřebí? Mám za to, že ano,¹⁶⁰ ovšem s výhradou, že nedotčena zůstává zásada přiměřenosti (viz marg. č. 36 a násl.), a dále s doplněním, že pokud má přijímané opatření z důvodu zmaření výkonu obsahově znamenat částečné uspokojení zajišťovaného nároku (což by mělo být naprosto výjimečné pouze tam, kde cíl zajištění neplní jakýkoli ryze zajišťující prostředek), pak je třeba „odvažování a vyvažování“ zájmů stran provést (neboť v tomto případě již podle mého soudu jde o regulující opatření). Jinak tomu však je v případě zatímních opatření (srov. marg. č. 24 a 112), kde je *třeba*¹⁶¹ konflikt zájmů daného individuálního případu vážit a odvažovat.¹⁶² Zatímní opatření jsou „založena“ na *jiných* než u zajišťovacích opatření ochrany hodných zájmech navrhovatele.¹⁶³ Tyto zájmy navrhovatele musejí převážít nad zájmy odpůrce, přičemž předpokladem je přítomnost výše popsaného kvalifikovaného nebezpečí, resp. nezbytnosti opatření (zajišťovací důvod).

25

7. Povaha a předmět zajištění, vztah k hmotnému právu a jeho prostředkům zajištění

Výše byl vymezen předmět předběžné ochrany tak, že jím není zajišťované právo, neboť o něm se v zajišťovacím řízení nerozhoduje. Předběžná ochrana se orientuje jen na *zajištění*. Samotné zajišťované právo, tj. hmotné subjektivní právo, resp. nárok, přitom nedovoluje věřiteli požadovat po dlužníkovi zajištění, resp. jen ve výjimečných

26

¹⁵⁸ Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1622.

¹⁵⁹ *Á propos* v roce 2001 do § 102 OSŘ doplněné.

¹⁶⁰ Shodně v okruhu německého práva, kde jde o naprosto převažující mínění, např. Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1624; Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1227; Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2432; Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 886. Částečně jiného mínění je Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 202, který vyvažování zájmů požaduje i u zajišťovacích předběžných opatření podle § 935 dZPO.

¹⁶¹ Viz znění § 74 odst. 1 (§ 102 odst. 1) první alternativa OSŘ.

¹⁶² Tím není vyloučeno, aby byl případně zvolen s ohledem na zásadu přiměřenosti ryze zajišťovací prostředek zajištění, byť u zatímních předběžných opatření by jeho účelu mohlo být tímto prostředkem dosaženo spíše výjimečně.

¹⁶³ Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1227.

případech (viz níže). Již počáteční výklad § 916 dZPO a § 378 EO dovozoval, že sice arest, resp. předběžné opatření slouží zajištění – i nesplatného nebo podmíněného – *nároku ve věci samé*, nepředstavuje však jakési akcesorium hmotněprávního nároku samotného.¹⁶⁴ Hmotněprávní nárok na zajištění tedy věřitel vůči dlužníkovi zásadně nemá,¹⁶⁵ nemůže po něm obecně požadovat zajištění své pohledávky. Zajišťovaný nárok je předpokladem pro poskytnutí předběžné ochrany (viz marg. č. 22) a v rámci zajišťovacího řízení představuje *předběžnou otázku*: Pokud by se právním hodnocením dospělo k závěru, že „zajišťovaný“ nárok neexistuje, není osvědčen nebo má jen naturální podobu, nelze, resp. není důvod předběžnou ochranu poskytnout. Zajišťovaný nárok není nic jiného než materiální právo,¹⁶⁶ které má být též úpravou poměrů *zajištěno*; to však *procesními prostředky*. Procesní prostředek zajištění pak *slouží* procesnímu (v procesní formě uplatněnému) nároku hlavnímu, tj. procesně znějícímu zejm. na plnění, určení nebo právotvorný výrok. Tím mám na mysli jak efektivnímu rozhodnutí ve věci samé, včetně jeho výkonu (exekuce), tak zprostředkované službu *ochraně (prosazeni) hmotného práva*. V konečném důsledku je procesně zajištěno samotné hmotné subjektivní právo.¹⁶⁷

Právo na procesní zajištění je bezesporu součástí práva na soudní ochranu¹⁶⁸ a v tomto smyslu směřuje *vůči státu*, po kterém je vyžadováno, aby právní ochrana byla *efektivní* (tj. včetně přípustnosti předběžných opatření na plnění – viz marg. č. 27).

Z výše uvedeného plyne, že úkol předběžné ochrany nelze omezovat jen na zachování procesního *statutu quo*.¹⁶⁹ Zajišťovací funkce předběžné ochrany se totiž vztahuje k samotnému materiálnímu právu.¹⁷⁰ Lze zopakovat, že předmětem řízení je tak u předběžné ochrany *navrhovatelův procesní nárok na zajištění*¹⁷¹ (viz marg. č. 18).

Od procesního nároku vůči státu a státního procesního opatření nutno odlišovat nároky vůči soukromým osobám na zajištění vyplývající z hmotného práva. Jako příklad

¹⁶⁴ Rintelen, A. Die einstweilige Verfügung. Wien : Manz, 1905, s. 17 a násl.; Schmid, A. Ch. J. Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh., 1845, § 58; Weismann, J. Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 2. díl. Stuttgart, 1903–1905.

¹⁶⁵ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 101 a násl.; Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 5. V tom je bezesporu odklon od pozdního italského práva (viz marg. č. 2), které nárok na zajištění chápalo jako „hlavnímu“ právu akcesorické právo (Wach, A. Der italienische Arrestprozess. Leipzig : Haessel, 1868, s. 38, 80, 204 a násl.).

¹⁶⁶ Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 17.

¹⁶⁷ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 102.

¹⁶⁸ Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2288.

¹⁶⁹ Názor Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, před § 916 marg. č. 12, 14, a § 935 marg. č. 2. K tomu srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 60.

¹⁷⁰ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 57; Minnerop, M. Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz. München : Carl Heymanns Verlag, 1973, s. 78 a násl.

¹⁷¹ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 5.

lze uvést právo na poskytnutí kauce (např. jistoty podle § 232 a 1051 BGB, zajišťovací hypotéky § 648, 1051 a 1067 BGB, § 280, 1030 a 1353 ObčZ atp.), které jsou hmotnými nároky a které mohou být poskytnuty bez součinnosti soudu, tj. nejsou samostatným procesním zajišťovacím prostředkem. Případně *hmotné právo na zajištění*, např. výše uvedené právo žádat doplnění kauce, je přitom na procesním zajištění *nezávislé*. Současně však též může být uplatněno „ve věci samé“, a tím se stát „způsobilým zajištěním“ prostřednictvím prostředků předběžné ochrany.¹⁷² Oba uvedené nároky se tedy nikterak vzájemně nevylučují. Hmotněprávní nárok na zajištění je možné zajistit procesním zajišťovacím opatřením.

Za velmi spornou otázku lze považovat, zdali je možné formou obecného předběžného opatření dosáhnout zajištění subjektivního práva, resp. odpovídajícího uplatněného nároku i tam, kde je ohrožení jeho realizace způsobeno tím, že jej – pro jednání odpůrce nebo jinou změnu situace – procesními formami (tj. zejména dokazováním) nebude možné nalézt (tedy posléze i vykonat). Tak tomu může být, pokud právo nebude možné procesně zjistit pro hrozící zničení důkazu (nositele důkazní informace) a současně nebude dosažitelná ochrana prostřednictvím zajištění důkazu. Z anglosaského právního prostředí je znám tzv. *Anton Piller order*, tj. předběžné opatření, výjimečně vydávané, které má zabránit zničení nebo odstranění důkazů. Mám za to, že na úrovni evropského práva je myšlenka tohoto příkazu pojata v ochraně duševního vlastnictví a transponována do zajištění předmětu důkazního prostředku v § 78b a násl. OSŘ. Avšak Anton Piller Order není omezen na případy ochrany duševního vlastnictví, byť na tomto poli byl vyvinut.¹⁷³ Mám za to, že ve výjimečných případech, kde by ostatní prostředky předběžné soudní ochrany (zejm. zajištění důkazu) selhávaly, by bylo na půdě českého procesu obhajitelné (přípustné) vydat předběžné opatření obsahově podobné institutu zajištění předmětu důkazního prostředku ve věcech týkajících se práv z duševního vlastnictví, tj. v daném případě mimo rámec ochrany ve věcech duševního vlastnictví.

8. Přípustnost tzv. uspokojujících předběžných opatření

Jednou z centrálních a aktuálních otázek „práva předběžných opatření“ je otázka přípustnosti tzv. uspokojujících předběžných opatření (*Leistungs- či Befriedigungsverfügungen*). Zodpovězení této otázky je klíčové pro hledání odpovědi na řadu souvisejících otázek, se kterými se praxe i teorie musí vypořádat, jako např. vztah zajišťovacího řízení k řízení hlavnímu, tzv. předjímání věci samé, odlišnosti při posuzování důvodnosti takových předběžných opatření atp.

V praxi se často říká, že předběžné opatření nesmí předjímat rozhodnutí ve věci samé, resp. že prostřednictvím předběžného opatření nelze žádat a přiřknout totéž, co je

¹⁷² Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 10.

¹⁷³ Delany, H. Equity and the Law of Trusts in Ireland. 5. vydání. Dublin : Thomson Round Hall, 2011, s. 641–652.

žádáno ve věci samé. Současně praxe běžně vydává předběžná opatření, kterými nařizuje platit výživné, část pracovní odměny, dodávat vodu do domu nebo zakazuje distribuci výrobků. Jak to vnímat, vysvětlit a kde je pomyslná hranice?

Z historické části nám plyne, že zde nejdříve byla svémoc, která dovolovala provést zajištění a současné uspokojení z majetku dlužníka (viz marg. č. 2). Odstranění svémoci nutně vedlo k oddělení fáze zajištění od fáze uspokojení a před samotné uspokojení bylo „vklíněno“ nalézací řízení.

Z části o funkci a předpokladech důvodnosti předběžného opatření se podává, že nezbytnost předběžných opatření je dána existencí určitého kvalifikovaného nebezpečí, že uskutečnění, resp. realizace práva bude *ohrožena* v mezidobí, kdy nelze přistoupit k svémoci, resp. kdy je třeba toto právo „nalézt“, tj. v předvídaném řízení o něm rozhodnout. Úkolem předběžné ochrany je *zajistit*, aby se ohrožení nerealizovalo, tedy aby zůstala otevřena možnost naplnění materiálního subjektivního práva. Jde *zásadně* o zajištění před jednáními dlužníka, resp. odpůrce nebo důsledky plynutí času nutného ke garantování spravedlivého procesu, a to ve „vedlejších“, tj. zajišťovacím řízení, které však nemůže nahradit řízení „hlavní“, prostřednictvím kterých je právo nalezeno a nuceně vykonáno (uspokojeno). Hlavnímu řízení zajišťovací řízení „jen“ slouží, má *zajišťovací funkci*. Z uvedeného plyne, že zajišťovací řízení by nalézacímu řízení nemělo předbíhat tím, že k přiznání nebo uskutečnění práva dojde ještě dříve, než jsou naplněny zásady spravedlivého procesu, vlastní „hlavnímu řízení“. Co však v neřidkých případech, kdy zajištění ve výše uvedeném smyslu zůstává neefektivní nebo kde vůbec není možné či oprávněnému nic nepřináší? Řeč je o případech, kdy je třeba, aby se odpůrce zdržel určitého jednání (příp. o jiných případech, kdy zajištění ve výše uvedeném smyslu není možné), anebo kdy je navrhovatel na okamžitém plnění závislý (např. existenčně nebo z důvodu jiné nouzové situace, kdy mu hrozí neodčinitelná újma). V těchto případech by právní ochrana a její efektivita vzaly za své, ledaže ve prospěch navrhovatele, resp. věřitele připustíme „zajišťující opatření na plnění“¹⁷⁴ (srov. níže k zatímnosti a předběžnosti opatření, pro které i tato opatření považují za zajišťovací¹⁷⁵ v širokém slova smyslu). Pokud by z důvodu zákazu předbíhat věc samu bylo v takovýchto případech rozhodnuto vždy ve prospěch odpůrce (šlo by tedy jakési jednostranné *denagatio justitiae*), docházelo by ke zcela nedůvodnému jednostrannému zvýhodnění právě odpůrce, tj. nota bene začasté porušovatele práv. Ten by byl na rozdíl od navrhovatele „předběžně“ vždy chráněn. Tím však nemá být řečeno, že by odpůrci v těchto případech měla být *a priori* jakákoli efektivní ochrana odepřena, zejm. tehdy, pokud mu hrozí – tak jako navrhovateli – nenapravitelné nebo těžko napravitelné důsledky, které jsou s vydáním, resp. pro navrhovatele nevýdáním předběžného opatření spojeny. V uvedených případech – *striktně* vzato – znamená vydání či naopak nevýdání předběžného opatření na plnění vždy pro jednu či druhou stranu porušení zásady efektivní právní ochrany. Buď je „předbíhající“ předběžné opatření generálně zakázané, a tedy navrhovatel musí jednostranně nést nena-

¹⁷⁴ Označovaná v německých mluvčích zemích jako *Leistungs-* nebo *Befriedigungsverfügungen*.

¹⁷⁵ O pouhém zajištění ve vztahu k pozdějšímu uspokojení mluví např. Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 175.

pravitelné následky nevydání předběžného opatření, anebo je předbíhající předběžné opatření přípustné, a tedy je nenapravitelnými následky jeho vydání ohrožen odpůrce.¹⁷⁶ Situace je specifická v tom, že jedna strana vždy nese riziko nenapravitelných nebo „těžko napravitelných“ následků chybného rozhodnutí. Nelze ji však řešit generálním zákazem předbíhajících opatření nebo naopak generální rezignací na ochranu odpůrce. Situace vyžaduje specifické řešení spočívající v nutnosti¹⁷⁷ intenzivního *zvažování a vyvažování zájmů stran* toho kterého individuálního případu, a to v rámci zkoumání předpokladů vydání předběžného opatření.¹⁷⁸ To znamená již v této fázi zvažovat předpokládané vyznění sporu ve věci hlavní, míru nutnosti a potřebnosti ochrany té či oné strany, včetně výše na obou stranách hrozící škody, reálné možnosti jejího odškodnění prostřednictvím nároku na její náhradu atp.¹⁷⁹ Jejich vydání musejí odůvodňovat zvláštní důvody na straně navrhovatele (k důvodům zajištění viz marg. č. 24).

O obecné přípustnosti (zatímních) předběžných opatření s efektem plnění nemůže být na základě uvedeného nejmenších pochyb.¹⁸⁰

Ostatně i z pohledu historického směřovala vůle zákonodárce (zprvu rakouského a posléze československého) k vytvoření druhé kategorie předběžných opatření, kvalitativně odlišných od „ryzího“ zajištění budoucí exekuce (výkonu). Vzorem pro realizaci myšlenky byl v Rakousku známý institut zákazů a příkazů směřujících ke sjednání zatímního pořádku ve sporném vztahu z rušené držby (§ 9 a násl. nařízení z 27. 10. 1849).¹⁸¹ Jeho zobecnění v EO¹⁸² se ukázalo jako více než nadčasové. Z pohledu dnešních (ústavněprávních) požadavků na efektivní a „bezmezerovitou“ právní ochranu je pak uvedený výdobytek prakticky neodmyslitelnou součástí právního řádu. I v dnešním Rakousku, svázaném na rozdíl od ČR původním zněním § 381 bod 2 EO, se na základě uvedeného ustanovení¹⁸³ uznává kategorie předběžných opatření, kladených pod označením regulující nebo s efektem plnění (*Regelungs- und Leistungsverfügungen*) do protikladu k těm zajišťujícím (*Sicherungsverfügungen*). Prozatímní – alespoň částečně – uspokojující charakter je jim imanentní. Zajištění v širším slova smyslu znamená v podstatě k dobru („*zu Gunsten*“) nebo k ochraně („*zum Schutz*“)¹⁸⁴ práva, což se objevuje i v materiálech k EO.

Obecné uplatnění *Befriedigungsverfügungen* dokazuje i soudní praxe zkoumaných

¹⁷⁶ Shodně *Schuschke, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1610.

Vedle tak jako tak přítomné nutnosti zvažovat nezbytnost předběžného opatření.

¹⁷⁸ Obdobně *Schuschke, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1611.

¹⁷⁹ Obdobně *Walker, W.-D.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, marg. č. 231.

¹⁸⁰ Tak *Stein, F., Jonas, M.* Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 175.

¹⁸¹ Srov. *König, B.* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 19.

¹⁸² Jakož i další zobecnění v navazujících československých úpravách.

¹⁸³ Případně až pod zorným úhlem efektivní soudní ochrany.

¹⁸⁴ Srov. *Konecny, A.* Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Wien : Manz, 1992, s. 71.

navzájem sousedících států. Přestože by se mohlo zdát, že předběžná opatření s efektem plnění budou vzácná, lze naopak uskupit modelové případy jejich využití, které jsou v praxi velmi časté: Za všechny příklady jmenujme ty, kdy je navrhovatel na placení pohledávek nutně odkázán, jako např. u výživného a dalších případů nouzových situací navrhovatele typu výdajů na zachování zdraví, zaplacení lékaře, dále placení pracovní odměny nebo renty na ně odkázanému poškozenému. Dalším okruhem jsou případy týkající se svémocně odňaté držby věci, resp. předběžná opatření na vydání této věci. Častým případem jsou předběžná opatření na zdržení se určitého jednání, zejm. pokud jde o porušení soutěžních pravidel nebo ochranu osobnosti. U posledních dvou skupin je patrný aspekt časové neodkladnosti.

Někteří autoři neváhají o zajišťovacích řízeních směřujících k vydání předběžných opatření „na plnění“ uvažovat jako o zvláštním procesním druhu,¹⁸⁵ podobnému obecnému německému právu známému tzv. mandátnímu procesu, ve kterém prosté osvědčení postačovalo k „odsouzení“. Takové řízení se má vyznačovat tím, že

1. nad rámec osvědčeného nároku nelze přikrknout nic jiného, a to na rozdíl od čistě zajišťovacích opatření, která obsahově mohou přikrknout něco, co podle hmotného práva odpůrce bezesporu nedluhuje (co by mu tedy v hlavním řízení nikdy přiznáno nebylo),
2. navrhovatel musí tvrdit a osvědčit vše, co by musel tvrdit a dokázat v řízení hlavním, a tím, že
3. z důvodu zvláštního nebezpečí pro odpůrce je třeba klást na osvědčení zvýšené nároky.¹⁸⁶

Lze shrnout, že nelze než dovést přípustnost předběžných opatření s „uspokojujícím“ charakterem (předběžných opatření s efektem plnění). Tento charakter lze alespoň nepřímo spatřovat u všech zatímních opatření (ledaže je prakticky výjimečně použito toliko ryze zajišťujícího prostředku, např. složení do soudní úschovy). Pokud by z důvodu zákazu předjímat věc samu bylo v takovéhoto případech vždy rozhodnuto ve prospěch odpůrce, docházelo by ke zcela nedůvodnému jednostrannému zvýhodnění odpůrce (tj. začasté porušovatele práv), který by byl na rozdíl od navrhovatele před nenapravitelnými nebo těžko napravitelnými důsledky chráněn (jednostranné *denegatio justitiae*). Tím by se nutně vytratil znak *efektivní* ochrany práv navrhovatele. Nelze tak *a priori* konstituovat zákaz „uspokojujících“ předběžných opatření, ba dokonce ani – podle mého názoru – používat argument, že „uspokojující“, resp. zatímní předběžné opatření je jakousi výjimkou ze zásady.¹⁸⁷ Pro posuzování zatímních opatření totiž *platí svébytné zásady*, odlišené od zajišťovacích opatření v úzkém slova smyslu. Zejm. pro ně neplatí zásada zákazu předbíhání věci samé – viz blíže marg. č. 42. O důvodnosti návrhu na vydání zatímního opatření

¹⁸⁵ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 177.

¹⁸⁶ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 177 a 178.

¹⁸⁷ Srov. historicky samostatný původ vzniku těchto opatření.

je třeba rozhodovat dle daností a okolností konkrétního případu, a to na základě jejich *vzájemného vyvažování, resp. odvažování zájmů stran*. Tento odlišný způsob posuzování se odehrává na poli zvažování zajišťovacího důvodu (*Verfügungsgrund*) (viz marg. č. 24 a 112). Pro vyloučení pochybností dodávám, že i pro zatímní opatření zůstává zachován právní znak spočívající v jejich mezitímnosti a předběžnosti, tak jak jsou tato adjektiva vymezena u marg. č. 21.

9. Způsoby (opatření) ochrany předběžnými opatřeními

V Německu je předmětem věcného arestu zásadně majetek odpůrce jako *celek*.¹⁸⁸ Konkretizace objektu (předmětů) zajištění se zásadně děje až ve fázi výkonu rozhodnutí, a to prostřednictvím tzv. *Pfändung* (tj. mocenským odnětím volného dispozičního oprávnění, včetně možného odnětí držby nebo zapečetění movitých věcí, a zřízením zástavního práva) nebo tzv. *Arresthypothek* (zjednodušeně zápisem zajišťovacího zástavního práva do zemských knih). *Pfändung* se děje přímo prostředky exekučního práva.

29

Rakouský zákonodárce, jehož stopy sleduje úprava česká, šel cestou jinou. Především v rámci ochrany předběžným opatřením vyloučil jak obdobu *Pfändung*, zejm. tím, že nepřipustil vznik zástavního práva na předmětech zajištění, tak *Arresthypothek*. To ho však vedlo k potřebě přesně vymezit, jaká opatření, resp. nařízení (způsob ochrany), včetně jejich objektů a účinků (pokud tyto neplynou přímo z povahy věci), přicházejí v úvahu v případě těch předběžných opatření, která sledují *zajištění peněžité pohledávky* (srov. § 379 EO).¹⁸⁹

Způsoby zajištění předběžnými opatřeními k *zajištění jiných než peněžitých nároků* (tj. zásadně nikoli arest) a způsoby zajištění zatímními opatřeními ponechali, zřejmě z důvodu nepřeberného množství možných situací, oba zákonodárci v zásadě otevřené (srov. příkladný výčet uvedený v § 382 EO, § 938 dZPO).

Český (československý) zákonodárce ve snaze o zjednodušení výše provedené rozlišení neprovedl.¹⁹⁰ Zákonodárce vyšel z rakouského modelu, ale zavedl příkladný výčet přípustných opatření bez ohledu na to, jaký nárok (peněžitý či jiný) je zajišťován a z jakého zajišťovacího důvodu. Mohlo by se tedy zdát, že za účelem zajištění výkonu rozhodnutí pro peněžitou pohledávku je možné nařídít jakékoli opatření. V důsledku výše uvedených skutečností došlo k rozostření způsobů, prostřednictvím kterých je na to které ohrožení reagováno. Jestliže se pak v praxi formovaly nebo z minulosti přebíraly upřesňující pravidla či zásady pro nové „jednotné“ předběžné opatření, vznikaly z toho leckdy nepřesnosti, které přetrvávají do dnešní doby (např. pravidlo zákazu předjímat věc samu, které však u zatímních předběžných opatření nemá místa). Při výkladu § 76 OSŘ se nelze obejít bez historického výkladu, kterému

¹⁸⁸ Předmětem personálního arestu je svoboda dlužníka.

¹⁸⁹ Tj. obdobné problematiky, jakou řeší německý arest.

¹⁹⁰ Srov. § 219 a 225 OSŘ 1950, § 74 a 76 OSŘ.

se stručně věnuji.

Tím, že rakouský zákonodárce stanovil *taxativní* výčet opatření, která lze za účelem zajištění peněžitě pohledávky přijmout (srov. § 379 EO), chtěl především vyloučit přehmaty soudece,¹⁹¹ zřejmě v duchu ctění zásady širokých svobod občana, do kterých lze z důvodu peněžitého dluhu bez pravomocného rozhodnutí ve věci samé zasáhnout jen omezenými způsoby. Zákonodárce v původním znění EO implicitně i explicitně vyloučil, aby za účelem zajištění peněžitě pohledávky docházelo k vazebnímu držení dlužníka anebo (dokonce „jen“) postižení jeho nemovitostí zákazem zcizení, zatížení anebo nucenou správou. Až reformou z roku 2000 (BGBl 2000/59) bylo od druhého hodnotového rozhodnutí zákonodárce ustoupeno, takže současné rakouské právo již zákaz převedení, zatížení anebo povolení správy nemovitostí připouští.¹⁹² České právo naopak na podkladě příkladného výčtu § 76 OSŘ nedává jednoznačná vodítka, jaká opatření lze ještě pro zajištění peněžitého dluhu přijmout. Může tak vznikat otázka, zda jsou pro peněžitě pohledávky (ostatně ale i pro jiné nároky) přípustná i opatření směřující k „personálnímu arestu“ (např. ve formě omezení svobody pohybu). V tomto ohledu má pohled do historických základů naší právní úpravy jistě svůj význam a lze z něho podle mého názoru vycházet. Obdobně je možné se ptát, zdali je pro zajištění peněžitě pohledávky přípustné složení peněžitě částky do úschovy soudu – z § 379 odst. 3 EO plyne, že nikoli (taktéž rozhodnutí OGH sp. zn. 7 Ob 197/01 y). Ze samotného § 76 OSŘ takový úsudek bez dalšího učinit nelze. Mám však za to, že toliko na základě ryze zajišťovacího opatření pro peněžitou pohledávku takový způsob zajištění zásadně přípustný nebude. Tím by v podstatě při exekucním výkonu šlo o provádění „reálného arestu“ na zjištěné předměty celého jmění dlužníka, což je však „německý způsob“, od kterého se zákonodárce vědomě odklonil. Navíc by se vyžadovalo zpeněžení, které již ani německý arest zásadně neumožňuje, a dále by šlo o předbíhání věci samé, které na poli zajišťovacích předběžných opatření nepovažují za přípustné.

Z hlediska opatření, která nejsou v § 76 OSŘ pro jednotlivé druhy zajišťovaného nároku jednoznačně rozlišena, lze mít např. s odkazem na rakouské právo jako způsob zajištění peněžitě pohledávky přípustnou úschovu a správu movitých hmotných věcí, zákaz zcizení a zatížení movitých hmotných věcí,¹⁹³ záповěď (soudní obstavku) – tzv. *Drittverbot*, správu nemovitostí dlužníka, zákaz zcizení a zatížení nemovitostí anebo „knihovních práv“ dlužníka. Uvedený výčet má význam též v tom, že např. soudní obstavku (přísluší-li odpůrci ohrožené strany proti jiné osobě peněžitá pohledávka nebo nárok na dodání nebo vydání jiných věcí) lze ve smyslu § 76 odst. 2 OSŘ podřadit povinnosti, kterou lze po někom jiném než účastníku spravedlivě žádat.

Pro zajištění, resp. úpravu jiných než peněžitých nároků platí i v ČR výše řečené.

¹⁹¹ Werner, K. Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932, s. 33.

¹⁹² Rakouská skutková podstata přímo upravuje účinek tohoto předběžného opatření ve smyslu neplatnosti zakázaných jednání, ovšem bez vyloučení možnosti dobrověrného nabytí, pokud nabyvatel o zákazu nevěděl (§ 379 odst. 3 body 4 a 5 EO).

¹⁹³ Tento aspekt je pro slabou ochranu ohrožené strany v Rakousku podroben kritice (König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 49).

S odkazem na rakouskou úpravu lze vyzdvihnout některé způsoby ochrany předběžnými opatřeními, které OSŘ výslovně nevyjmenovává, a to

1. správu movitých věcí nebo nemovitých věcí nebo práv, ke kterým se vztahuje nárok tvrzený ohroženou stranou nebo jí již přičtený,
2. zmocnění ohrožené strany, aby směla zadržeti odpůrcovy věci, které u sebe má a ke kterým se vztahuje od ní tvrzený nebo jí již přičtený nárok,
3. rozkaz svědčící odpůrci ohrožené strany, aby vykonal jednotlivé úkony, jichž jest třeba, aby věci (uvedené v § 382 EO) byly zachovány nebo aby nynější stav byl udržen, a konečně
4. soudní obstavku.

K otázce, zdali by bylo přípustné, aby český soud *nařídil* pro „jiný nárok“ předběžné opatření znamenající zadržení a držení ve vazbě, se s ohledem na exekuční prostředky českého práva (které představují ultimátní hranici donucení) vyslovují negativně. Tím však nemá být řečeno, že by bylo absolutně nepřípustné jakékoli *nařízení* omezení osobní svobody odpůrce (např. odevzdáním pasu, zákazem vycestování s dítětem či zákazem zdržení se na určitém místě atp.). Jinou otázkou představuje *uznání* a *výkon* cizozemských personálních arestů (příkazů k zadržení) směřujících k vazbě. Bude třeba zvažovat důvod pro případné odepření uznání cizího rozhodnutí (§ 15 ZMPS, zejm. z důvodu jednostrannosti řízení a veřejného pořádku), příp. materiální nevykonatelnost titulu s ohledem na neznámý typ předběžného opatření, resp. následky takového opatření.

31

10. Meze předběžné ochrany

Přes přípustnost tzv. předběžných opatření s efektem plnění není pochyb o tom, že existují limity toho, co jimi lze přikrout, resp. dosáhnout. Stejně tak existují limity pro ta předběžná opatření, která již z povahy použitých (způsobů) prostředků zajištění ani částečné uspokojení nároku nepřinášejí [tj. zajišťovací opatření a dále ta minorita zatímních opatření, která byla vydána za použití ryze zajišťujícího (způsobu) prostředku zajištění].

32

1. První limit plyne ze samotného účelu předběžných opatření. Je-li jím určitá „služba věci hlavní“ spočívající v „*zajištění*“, pak nemůže být prostřednictvím předběžné ochrany dosaženo toho, čeho má být dosaženo až v oné „věci hlavní“, zejm. tedy nejde o poskytnutí *konečné* právní ochrany (založené na pravomocném rozsudku). Nesmí tedy jít o konečnou „tečku“ za vyřešeným sporem. Zachován tedy musí být (a český právní řád ani jinak nepředpokládá) aspekt určité *provizornosti* úpravy vztahů, dané zejm. výše uvedenou mezitímností a předběžností předběžných opatření (viz marg. č. 21), avšak projevující se i v tom, že z předběžného řízení nevyplývá vázanost pro jakýkoli (např. satisfakční či určovací) nárok, uplatněný ve věci samé (viz marg. č. 19). Předběžné řízení nemůže „řízení hlavní“ nahradit, natož jít za jeho rámec; vždyť má jiný předmět.

2. Jedna z hlavních mezi *obsahové* přípustnosti předběžného opatření je dána tím, jaký typ předběžného opatření má být vydán (tedy opatření zatímní nebo zajišťovací), resp. jaký druh nároku má být současně zajištěn. U obou typů opatření je třeba konstatovat, že zde musí být zachována *vazba na v řízení samém uplatněný nárok* (příp. nárok, který v řízení samém bude uplatněn).

33

Příklad:

Je-li zajišťovaným nárokem z důvodu obavy ohrožení exekuce právo na vydání věci A, nelze zakázat převod věci B ani postihnout právo odpůrce na výplatu peněžní částky od třetí osoby (podlužníka); posléze uvedené opatření by za splnění dalších předpokladů bylo myslitelné, pokud by byl uplatněn nárok na peněžitou náhradu škody za zničenou věc A.

Pokud by zajišťovaným nárokem byla peněžitá pohledávka, bylo by možné ji za splnění dalších předpokladů zajistit zákazem převodu nebo složením do soudní úschovy jak věci A, tak věci B, a v případě zatímního opatření (např. s vazbou na pohledávku na výživné) dokonce požadovat její částečné placení k rukám oprávněného (jeho zástupce).

Myslitelná je celá řada konstelací, které bude třeba řešit kazuisticky.

Jednoznačné je výše uvedené u zajišťovacích opatření, kterým jde o prosazení konkrétního nároku, a to zajištěním proti skutečnosti, které by znamenaly ohrožení tohoto prosazení (výkonu) nároku. Předběžné opatření se zde musí držet v *rámci* ohroženého nároku, tj. nesmí navrhovatel přiznat více práv, resp. odpůrci uložit více zatěžujících povinností, než by odpovídalo splnění ohroženého nároku.¹⁹⁴ V rámci předběžného řízení tedy uplatněný požadavek nesmí překračovat *obsah* v hlavní věci požadovaného (zajišťovaného) nároku, resp. jde vždy o určité *minus* oproti požadovanému nároku. U zajišťovacích opatření (jelikož vycházíme z jejich obsahového nepřekrývání se zajišťovacím nárokem) bude opatření jakýmsi *minusovým aliud* oproti tomu, co je požadováno v hlavním řízení, přičemž hmotněprávně by navrhovatel zásadně právo na takové plnění ani neměl.

Příklad:

Pokud by zajišťovaným nárokem bylo právo na vydání věci a zajišťovacím opatřením složení do soudní úschovy, pak se věřiteli nedostává uspokojení (jde o *minus*) a současně je využit zajišťovací prostředek, který věřiteli podle hmotného práva zásadně nepřísluší (*aliud*).

V rámci *zajišťovacích* opatření je třeba činit rozdíl podle toho, je-li zajišťovaným nárokem peněžitá pohledávka nebo jiné tzv. individuální plnění. Zatímco u *peněžitě pohledávky* je konkrétní objekt zajištění zásadně možné vybrat z celé zajišťovací masy, tj. celého majetku odpůrce (např. „obstávkou“ jeho pohledávky nebo zákazem zcizení nemovitosti), u *jiného nároku* je třeba se držet objektu (věci

¹⁹⁴ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 15.

nebo práva), na který se nárok vztahuje.¹⁹⁵ Např. tedy lze za splnění všech ostatních podmínek od prodejce aut požadovat úschovu navrhovateli prodaného, ale ještě nepředaného automobilu A, avšak nikoli jiného, byť typově stejného automobilu.

Méně jednoznačné by výše uvedené mohlo být u „úpravy poměrů“. Konstatoval-li jsem výše, že předběžné opatření musí (obsahově) zachovat *vazbu na v řízení ve věci samé uplatněný nárok* (příp. nárok, který v řízení samém bude uplatněn), pak u zajišťujících předběžných opatření, která upravují právní poměry účastníků, je tomu tak ve vztahu k dílčímu nároku, který z právního poměru vyvěrá a který je současně sporný.¹⁹⁶ Avšak zde nejde o obavu z ohrožení prosazení (výkonu) nároku,¹⁹⁷ ale o úpravu poměrů, ze kterých nárok vyplývá, neboť tyto poměry (a v jejich rámci plnění konkrétního nároku) jsou ohroženy *zvláštním* nebezpečím (zejm. násilím nebo nenahraditelnou škodou).¹⁹⁸ Úprava poměrů znamená vytvoření mezitímního stavu prostého násilí, způsobení nenahraditelné škody či jiného kvalifikovaného nebezpečí, čímž je *uspořádán* (upraven) narušený komplexní právní vztah. Právě ono kvalifikované nebezpečí opravňuje, aby jeho odstranění *nebylo* omezeno (příp. jen) na rámec obsahu ohroženého nároku, ale umožnilo *v rámci právního poměru* vytvoření „poklidného“ stavu. Např. tím, že „nad rámec“ zákazu násilnosti na navrhovateli je odpůrci zakázáno s navrhovatelem vstoupit v kontakt (vstoupit do jeho obydli), dále aby místo použití příjezdové cesty k nemovitosti po stezce A (na jejíž použití a udržování ze strany odpůrce má navrhovatel právo), mohl dočasně využít stejný účel plnicí stezku B (k níž se však jakožto k objektu právo navrhovatele neváže)¹⁹⁹ atp.

3. Další podstatná mez obsahové přípustnosti předběžného opatření může vyplývat z toho, jaké opatření (zajišťující prostředek) platná úprava soudu zakazuje přijmout, resp. jaký způsobem limituje úvahu soudu v tomto směru. Legislativce takto může podle svého hodnotícího soudu vytvořit generálně nebo pro určité druhy nároků taxativní nebo demonstrativní výčet *přípustných prostředků zajištění*. Podle EO tak pro peněžitou pohledávku byl, resp. je dán taxativní výčet přípustných prostředků zajištění, čímž z nich byla vyloučena vazba nebo (v rakouském právu až do roku 2000) zákaz zcizení nemovitostí. Rozhodne-li se legislativce pro dispozitivní výčet, lze přijmout i jiné než vyjmenované prostředky zajištění, avšak při zachování dalších limitů zde uváděných. Tyto další prostředky zajištění lze zákonným textem či alespoň výkladově omezit požadavkem

¹⁹⁵ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 58.

¹⁹⁶ Tento názor podporuje skutečnost, že i v případě úpravy poměrů je nutné podat žalobu ve věci samé, tj. v rámci právního poměru konkretizovat sporný nárok. Srov. Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 173.

¹⁹⁷ Pro ni ani nejsou zatím opatření nařizována.

¹⁹⁸ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 21.

¹⁹⁹ Posledně uvedený příklad je upravený, avšak vychází z případu řešeného rakouským OGH (OGH 1 Ob 604/92 – zajišťován byl nárok na udržování mostu); srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 22. Srov. též. marg. č. 39.

na jejich účelnost²⁰⁰ a dále přiměřenost, jakož i je poměřovat s výslovně přípustnými prostředky v tom smyslu, zdali nepřekračují hranice zákonodárcem zamýšleného či „myslitelného“; v ČR je takovou otázkou např. zmíněná vazba.

V rámci volby zajišťovacího prostředku pro ten který typ předběžného opatření lze dále²⁰¹ vyvodit, že z přípustného katalogu těchto opatření se soud musí omezit na ta, která při zachování sledovaného cíle (účelu) zajištění, resp. úpravy postačují.

4. Další mez nařízení předběžného opatření spočívá v tom, že soud zásadně nemůže překročit návrh účastníka a přisoudit něco jiného nebo více, než čeho se domáhá (§ 153 odst. 2 OSŘ) – *zásada ne ultra petitem*. Vázanost na návrh účastníka není ve sporném řízení pochybná co do nepřipustnosti předběžné opatření vydat zcela bez návrhu. Na druhou stranu vzniká otázka, do jaké míry je vázanost u předběžných opatření striktní, resp. zdali lze v ČR § 153 odst. 2 OSŘ použít pro předběžné řízení obdobně či přiměřeně. V Německu ohledně předběžných opatření (nikoli arestu) platí ustanovení § 938 dZPO,²⁰² které je vykládáno tak, že opravňuje soud vydat nejen opatření, která jsou vůči návrhu „minus“, ale i „opatření sledující směr návrhu“, i když se přísně viděno jedná o něco jiného (aliud), než bylo navrhováno.²⁰³ Návrh tedy nemusí být formulován tak přesně jako u obvyklého nalézacího řízení – stačí uvést cíl právní ochrany (*Rechtsschutzziel*).²⁰⁴ Jako příklad se uvádí úprava použití společného sportovního zařízení v bytovém domě – striktní lpění na návrhu, že použití zařízení navrhovatelem má být v pondělí od 18 do 20 hodin, lze soudem zásadně „pozměnit“ např. na jiný den.²⁰⁵ Jelikož mám za to, že důvody i cíl § 153 odst. 2 OSŘ dopadají na uvedený případ (srov. též § 1129 a 1130 ObčZ), lze mít za to, že u zatímních předběžných opatření se – ve výsledku podobně jako v Německu – uplatní § 153 odst. 2 OSŘ v předběžném řízení analogicky a přiměřeně. U zajišťovacích předběžných opatření se podle mého názoru uplatní § 153 odst. 2 OSŘ obdobně.
5. Jelikož druhou fází předběžné ochrany je její výkon (vykonávání), musí se ten nad rámec uvedeného držet v mezích daných též „exekucním právem“,²⁰⁶ které upravuje jedině dovolené, nejzazší *způsoby donucení*. Proto v českém právu např. ne-

34

²⁰⁰ § 382 EO mluví o je *nach Beschaffenheit zu erreichenden Zweckes*, § 938 odst. 1 dZPO o tom, že soud uloží podle svého volného uvážení takové opatření, které je potřebné k dosažení účelu předběžného opatření.

²⁰¹ Mj. ze zásady minimalizace zásahů do práv odpůrce.

²⁰² „Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.“

²⁰³ Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2430.

²⁰⁴ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 166. Výjimkou jsou případy překryvu s nárokem ve věci samé, kdy jsou náležitosti návrhu v předběžném i hlavním řízení podle uvedeného komentáře shodné.

²⁰⁵ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 167.

²⁰⁶ Srov. Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2429, marg. č. 2.

bude možná „předběžná vazba“ dlužníka, byť podle ustanovení § 76 odst. 1 písm. f) OSŘ, které umožňuje účastníkovi nařídit, aby něco snášel, by se snad mohl zdát opak. Stejně tak jsou-li určité objekty z exekuce pro peněžitou pohledávku vyloučeny, bude tím dáno omezení (mez) i pro zajišťující řízení, neboť nemá smyslu zajišťovat pro případ výkonu rozhodnutí např. snubní prsten [srov. § 332 odst. 2 písm. d) OSŘ], který tak jako tak zpeněžen být nemůže. Nárok na vydání snubního prstenu však bezesporu např. zákazem zcizení a soudní úschovou být zajištěn může. *Nevykonatelné* předběžné opatření je ostatně vždy zapovězeným limitem, neboť takové opatření nemůže sloužit ve vztahu k věci hlavní, resp. poskytovat právní ochranu.

6. Další mezi²⁰⁷ je to, že předběžná opatření nejsou přípustná jakožto prostředek ovlivňování průběhu *jiných řízení* (trestních, správních, ale i civilních).²⁰⁸ Tak nelze civilním předběžným opatřením např. dosáhnout vydání věci zajištěné v rámci trestního řízení, nařídit stavebnímu úřadu, aby vydal stavební povolení, nebo požadovat zpětvzetí návrhu protistrany v civilním nebo správním řízení. Stejně tak nepřipustně by bylo vydáno předběžné opatření, kterým by se rušilo *jiné vydané předběžné opatření*. Tuto funkci plní jiné instituty v rámci daného předběžného řízení, např. na zrušení předběžného opatření pro změnu poměrů. Zásadně nebude možné předběžným opatřením omezit svou podstatou veřejnoprávní nárok odpůrce na podávání návrhů k soudům a jiným orgánům. V Rakousku se však nevylučuje přípustnost předběžného opatření na *zdržení se procesního jednání*, pokud takový nárok vyplývá ze zákazu zneužití práva (*Rechtsmissbrauch*) nebo soukromoprávní dohody (nejde-li o nepřipustné vzdání se práva), např. zákaz podání návrhu na exekuci.²⁰⁹
7. Rovněž lze jako mez předběžného opatření uvést takové způsoby zajištění, které by byly v rozporu se (zejména *veřejnoprávními právními předpisy*), jako např. vyjádření poštovního tajemství nebo porušení povinnosti mlčenlivosti.
8. Další mez představuje problematika přípustnosti opatření vedoucího k (částečnému) „uspokojení“ věřitele, resp. navrhovatele, čímž je předcházena věc hlavní (viz marg. č. 41 a násl.). Tato mez je plně dána takovým zákazem u *zajišťovacích* opatření, u kterých je efekt předběžného uspokojení ve vztahu k navrhovateli vyloučen.²¹⁰ Zajišťovací opatření tedy nesmí předbíhat rozhodnutí ve věci samé, tzn. že musí být odstranitelné a nesmí vést k uspokojení práva navrhovatele.

Naproti tomu *zatímní opatření* nejenže mohou, ba naopak musejí (alespoň částeč-

²⁰⁷ Plynoucí ze samotné funkce předběžné ochrany civilními předběžnými opatřeními směřujícími k zajištění práva, které je předmětem v „hlavní věci“.

²⁰⁸ Srov. *Schuschke, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1843.

²⁰⁹ Srov. např. *Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A.* Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 387, s. 15 a násl.

²¹⁰ Zde rovněž vycházím z toho, že zmaření či ztižení exekuce, kterému nelze předejít jakýmkoli ryze zajišťovacím způsobem (opatřením), je řešitelné, avšak opatřením zatímním, které v rámci vyvažování zájmů stran mj. zohledňuje nenahraditelnou škodu či jiné kvalifikované nebezpečí na straně odpůrce.

ně) rozhodnutí ve věci samé předbíhat (viz marg. č. 41 a násl.), vedou tedy k mezitímnímu „uspokojení“ navrhovatele.²¹¹ I pro ně však ze zákona plyne limit v tom, že uspokojení bude pokud možno omezeno na nezbytnou míru (zde jde o zobecnění omezení stanoveného pro „předběžné výživné či pracovní odměnu“). Je tedy nutné zkoumat, v jaké *míře* lze, resp. je nutno „hlavní rozhodnutí“ předbíhat; o tom rozhoduje zejm. zajišťovací důvod pro vydání předběžného opatření.

V úzké souvislosti s právě řečeným se pro regulující předběžná opatření, která mohou znamenat uspokojení nároku, stává otázka *nezvratitelnosti (irreversibility) účinků* předběžných opatření, tedy zda je možné je vydat i tam, kde nelze znovuvytvořit přechod – úpravě předcházející – stav. Jde pochopitelně o úvahu zejm. pro případy, kdy navrhovatelova justifikační žaloba je zamítnuta. Předně je třeba připomenout, že prakticky každé předběžné opatření vytváří po dobu své „platnosti“ situaci, kterou nelze odstát. Po zániku předběžného opatření pak obvykle automaticky²¹² anebo na základě *actus contrarius*²¹³ nastoupí předchozí stav; pak se otázka ireversibility (s odmyšlením doby „platnosti“ předběžného opatření) nestaví. Pokud však v uvedeném smyslu předchozí stav obnovit nelze, pak zjevně (již při rozhodování o vydání předběžného opatření) hrozí nenapravitelná škoda na obou stranách.

Příklad:

Soud rozhoduje o předběžném vyhovění či nevyhovění zdravotnímu nároku z konkurenční doložky limitované na řád několika měsíců nebo o účasti sportovce na „životním závodu“, pro který mu dle jeho tvrzení měla být udělena neoprávněná „stopka“.

Jde o příbuznou problematiku, s jakou jsem se již výše vypořádal v rámci přípustnosti zatímních opatření s efektem plnění. Z pohledu zachování práva na soudní ochranu (zákaz *denegatio iustitiae*), „aby práva nezůstávala jen na papíře“, jakož i z důvodu efektivní ochrany práva nelze než připustit výjimku, a to při zvažování všech rozhodných aspektů (viz marg. č. 27 a 108). Mám za to, že výsledek vyvažování zájmů by v těchto případech měl vyznít *markantně* ve prospěch navrhovatele. Z pohledu práva ČR pak jen stěží obstojí koncepce, která by v těchto případech zamezovala včasnému „vtážení odpůrce do řízení“ – bude třeba jej slyšet. Pro úplnost dodávám, že i v těchto případech platí řečené v odstavci 3. Problematice ireversibility se věnuji podrobně níže (marg. č. 108).

Dodávám, že výše představené meze předběžné ochrany prostřednictvím předběžných opatření nemohou být chápány jako zcela taxativní (uzavřený) výčet.

²¹¹ Ledaže je výjimečně použito ryze zajišťovacího prostředku.

²¹² Např. u předběžných opatření znějících na zdržení.

²¹³ Vrácení plnění či adekvátního odškodnění.

11. Zásada omezení se na zajišťovací a co nejméně omezující způsoby (opatření) předběžné ochrany

Předběžná opatření byla v první řadě zamýšlena jakožto *status quo* „zakonzervující“ opatření. V rámci efektivní soudní ochrany, resp. zákonodárcem pocítované nutnosti v rámci předběžné ochrany čelit i jiným nebezpečím než zmaření exekučního výkonu, však nebylo možné připustit generální²¹⁴ zákaz opatření, která předběžně regulují vztahy účastníků způsobem, který věc hlavní předbíhá. Zásada zdrženlivosti zásahu do poměrů účastníků, které zatím nebyly pravomocně a se zárukami spravedlivého procesu zjištěny, velí omezit přijatá opatření na ta, která způsobují při zachování jejich účelu minimální a pokud možno co nejsnadnější odstranitelný zásah.

36

U zajišťovacích předběžných opatření platí zásada omezení se na zajišťovací způsoby (opatření) předběžné ochrany absolutně v tom smyslu, že předběžné opatření nemůže jít za rámec zajišťovacích (status zakonzervujících) způsobů předběžné ochrany. Jejich dosah (účinky) v rovině skutkové nesmí jít za rámec zajištění. Nedochází ani k (částečnému) uspokojení práva navrhovatele²¹⁵ a přijaté opatření je vždy odstranitelné, takže je zachována způsobilost „navrácení do původního stavu“.²¹⁶

Příklad:

Ryze zajišťovací opatření jsou představována zákazem převedení věci, obestavením pohledávky odpůrcem, soudní úschovou věci, sekvestrací atp. Tato opatření pozici navrhovatele zajišťují, ale cíleně nevylepšují.

37

I zatímní opatření, pokud je to možné – což však typicky není – by se měla omezit na ryze zajišťovací způsoby (opatření).

Příklad:

Není-li v tzv. judiciu duplex pro neutuchající násilnosti a svémocná jednání ze strany účastníků možno jinak (výkon jiného opatření by nebyl efektivní), nezbude než složit spornou věc do soudní úschovy či k rukám správce.

Typicky však jsou zatímní opatření charakterizována právě tím, že ochrany navrhovatele (zejm. z povahy zajišťovacího důvodu) nelze dosáhnout jinak než (částečným) předbíháním věci samé, kdy dochází k (částečnému) uspokojení zajišťovaného práva. I v tomto případě se však zásada zdrženlivosti projeví již v tom, že jeho vydání bude předcházet vyvažování zájmů stran, a jen jestli převáží důvody naléhavosti zajišťovacího důvodu na straně navrhovatele, bude možné předběžné opatření vydat. Nad rámec předběžnosti a mezitímnosti bude i takové opatření „zaostávat“ za věcí samou – též v důsledku zásady zdrženlivosti – tím, že bude poskytovat jen *nezbytnou* ochranu,

38

²¹⁴ Z pohledu navrhovatele jednostranný.

²¹⁵ Tj. věc či právo (plnění mu odpovídající), na které zajištění dopadá, se nedostává do „moci“ navrhovatele.

²¹⁶ Obdobně srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 331.

bude spojeno s případným časovým omezením atp.

Příklad:

Zajištění zdržovacího nároku nelze provést jinak než zákazem předmětného jednání (např. distribuce závadných výrobků). Splátky výživného zákon výslovně omezuje na ty kryjící nezbytnou potřebu.

Na druhou stranu nelze vyloučit, že zatímtní předběžné opatření v rámci upravovaného vztahu účastníků uloží způsob zajištění, který bude v porovnání s nárokem (tj. procesně uplatněným následkem) *inkongruentní*.

39

Příklad:

V rámci vztahu účastníků si lze představit, že zdržovací nárok bude (avšak také s efektem plnění) zajištěn nikoli regulací povinnosti zdržet se obtěžování žalobce včelami z chovu na pozemku odpůrce, pronikajícími na nemovitost navrhovatele,²¹⁷ ale přímo odstraněním zdroje nebezpečí – např. konkrétního nově instalovaného úlu (ač ve věci samé by mohl být uplatněn jen požadavek prvně uvedený).

Zákonodárci předběžnou ochranu vložili do rukou soudů s plnou důvěrou v to, že soudy v rámci *soudcovské úvahy*,²¹⁸ na základě posouzení každého individuálního případu, jeho specifických nebezpečí atp., zvolí takový způsob zajištění, který je *potřebný*, způsobilý a vhodný k dosažení sledovaného cíle. Současně však z těchto způsobilých a vhodných opatření zvolí to, které je pro odpůrce *nejméně zatěžující*, využijí jej v *nezbytném rozsahu* a současně zachovají zásadu *přiměřenosti* i v užším slova smyslu (zásah do práv odpůrce by neměl svou povahou a intenzitou jít za rámec toho, co za účelem ochrany práva navrhovatele lze po odpůrci ještě spravedlivě požadovat).

40

12. Předbíhání a předjímání věci samé

Často je v praxi tvrzeno, že předběžné opatření nesmí předjímat či předbíhat věc samu. Klade se však otázka, co to vlastně znamená, resp. v jakém směru a míře takový požadavek platí, či zda lze ve všech případech takovému požadavku vyhovět.

41

Tato problematika úzce souvisí s pojmem předběžných opatření s efektem plnění (viz marg. č. 27).

Obecně se vychází se z toho, že předběžné opatření nesmí předbíhat věc samu, nesmí vést k uspokojení nároku věřitele, resp. navrhovatele. V lepším případě je tato věta jedním dechem doplněna o to, že existují přeci jen výjimky, typicky platby na výživné a pracovní odměnu), které takové předbíhání ve věci samé připouští; takovou skupinu

²¹⁷ Srov. rozsudek NS ze dne 27. 5. 2004, sp. zn. 22 Cdo 1421/2003.

²¹⁸ Srov. též k objektivně daným mezím marg. č. 32 a násl.

opatření lze označovat jako opatření s efektem plnění (resp. zařazovat do této skupiny).

12.1 Předbíhání věci samé a typ předběžného opatření

12.1.1 Zatímní opatření

Opatření s efektem plnění se vyznačují tím, že nařizují to, co je požadováno a čeho má být dosaženo ve věci hlavní, tedy to, co je nárokováno podle hmotného práva; jejich exekuční výkon pak vede k „uspokojení“ nároku navrhovatele.²¹⁹ Za rozhodující je tedy považován jejich obsahový překryv s rozhodnutím ve věci samé, resp. s cílem, se kterým je uplatnění materiálního nároku spojeno. To, že i tato opatření jsou pouze předběžná (ve smyslu jejich změnitelnosti nebo zrušitelnosti – viz marg. č. 21), není však dostatečné pro závěr, aby jim to odnímallo znak předbíhání věci samé (*Hauptsa-chenvorwegnahme*),²²⁰ dodejme *přípustného* předbíhání věci samé.

42

Odkazují na část, ve které pojednávám o přípustnosti předběžných opatření s efektem plnění (viz marg. č. 27). Tam blíže rozvádím nutnost učinit rozhodnutí posuzující konflikt zájmů stran, který případně znamená pro jednu či druhou stranu přivolení obtížně napravitelných následků. Zde nelze řešit uvedený konflikt aplikací principu zákazu předbíhání, tj. vždy v neprospěch žalobce.²²¹ Naopak zde platí zásada možného (dovoleného) předbíhání věci.²²² Ostatně tyto případy nelze ani brát či posuzovat restriktivně jako výjimku z pravidla zákazu předbíhání – ta totiž pro ně na rozdíl od zajišťovacích opatření neplatí. Kritérium zákazu předbíhání je zde totiž nahrazeno jinými rozhodnými kritérii (míra hrozící újmy, vyhlídky úspěchu ve věci samé atp.²²³), které lze zastřešit obecným principem vyvažování a odvažování zájmů stran. Pokud by se snad z řečeného mohlo zdát, že pro opatření s efektem plnění, ohledně kterých jsem dovedl jejich jednoznačnou přípustnost, je připuštěn jakýsi „bezbrěhý“ prostor, pak tomu tak není, neboť předpokladem jejich vydání je na prvním místě tzv. zajišťovací důvod, který klade přísné požadavky (viz marg. č. 24). Dále ani ona nemohou jít jakkoli za rámec požadavku ve věci hlavní (resp. vybočovat z mezí regulovaného právního vztahu) a vždy je třeba dbát na jejich přiměřenost a výběr nejšetnějšího z možných opatření (srov. marg. č. 38).

²¹⁹ *Leipold, D.* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 108.

²²⁰ *Leipold, D.* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 109.

²²¹ Srov. *Walker, W.-D.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 60.

²²² Srov. v Rakousku *Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A.* Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, s. 37.

²²³ *Walker, W.-D.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 60.

12.1.2 Zajišťovací opatření (v úzkém smyslu)

Pokud jde v protikladu k zatímním opatřením o *zajišťovací opatření*, pak pro ty princip zákazu předbíhání ve věci samé plně platí. Musí jít o opatření, které je odstranitelné a zároveň nesmí znamenat uspokojení zajišťovaného nároku; v tom je právě podstata zajištění²²⁴ v úzkém slova smyslu.

Pro některé autory se u zajišťovacích opatření problematika předbíhání věci samé v podstatě nestaví, neboť podle hmotného práva věřiteli nepřísluší zajištění, které může získat procesně²²⁵ (hmotněprávně není věřitel oprávněn po dlužníkovi žádat, aby dal věc sekvestorovi nebo do soudní úschovy, aby nepřijímal plnění od svých dlužníků, natož aby byl, jako dříve, uvrhnut do vazby), a tedy zajišťovacími opatřeními věc samu ani předbíhat nelze.

Příklad:

Požaduje-li navrhovatel ve věci samé vydání věci, lze jeho právo zajistit zajišťovacím opatřením složením věci do soudní úschovy. Požadoval-li by stejný navrhovatel vydání věci již předběžným opatřením, čímž by předjímal věc samu, nelze *zajišťovací* opatření vydat. Není ale vyloučeno, že mu věc bude předběžně vydána na základě zatímního opatření, pokud bude zjištěno její krátce předcházející násilné svémocné odnětí navrhovateli, tj. bude dán zajišťovací důvod *zatímního* předběžného opatření.

12.1.3 Další úvahy a shrnutí

Problém předbíhání věci samé má ještě jednu „podpůrnou“ rovinu, která výrazně mluví proti snaze konstruovat u zatímních opatření zákaz předbíhání věci samé. Představme si situaci, kdy je neoprávněně zasahováno do známkového práva žalobce, který se v situaci A domáhá zaplacení náhrady škody a v situaci B jen zdržení se protiprávního jednání. Pokud v obou případech žalobce žádá předběžné zdržení se zásahu, pak v situaci A nejde o předbíhání věci samé, v situaci B pak ano.

Vydání zatímních opatření, která předbíhají věc samu, je nad rámec výše uvedeného omezeno (nikoli však zapovězeno) v důsledku zohlednění ještě jednoho kritéria, resp. zásady. Jde o reversibilitu (tzv. *Rückführbarkeit*) či vrácení do původního stavu pro případ, že zajišťovaný nárok ve věci samé není zjištěn²²⁶ (viz marg. č. 108).

Lze shrnout, že princip zákazu předbíhání věci samé není v zákoně uveden, lze jej však vyvozovat z toho, že předběžnými opatřeními je zamýšleno zajištění a úprava s tím spojená má být předběžná a zatímní (viz marg. č. 21). Lze tedy dovodit, že cestou předběžného opatření lze dosáhnout vždy jen něčeho méně (jakési minus) nebo

²²⁴ Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 735.

²²⁵ Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 110.

²²⁶ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 36; Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 216.

„aliud“ oproti požadavku ve věci samé, což jistě platí pro *zajišťovací opatření*.²²⁷

Zatímní opatření²²⁸ však naopak věc samu zásadně *nutně předbíhají*. Jen s výhradou lze mluvit o výjimce ze zásady. Naopak mám za to, že jde o svébytné *pravidlo* platné pro zatímní opatření (s efektem plnění). I u zatímních opatření se projevuje výše osvětlená charakteristika předběžnosti a mezitímnosti,²²⁹ která pro zatímní opatření rovněž znamená „minus“ oproti tomu, čeho lze dosáhnout ve věci hlavní.

12.2 Předjímání věci samé

Mám za to, že by z důvodu přesnosti mělo být terminologicky rozlišeno dvojí, a sice zdali předběžné opatření (jeho výkon) rozhodnutí (jeho výkon) ve věci hlavní *předbíhá* (viz výše „ve smyslu předběžného uspokojení zajišťovaného nároku“), nebo *předjímá*. Předjímáním lze rozumět zkoumání vyhlídek žaloby (návrhu) ve věci hlavní *již ve fázi rozhodování o předběžném opatření*.²³⁰ Tomu předejít nelze (ostatně nic tomu nebrání), ba naopak, *zkoumání existence zajišťovaného práva je nutné*; vždyť jemu předběžná ochrana slouží. Uvedené plně platí pro zatímní i zajišťovací předběžná opatření.

43

V tomto smyslu soud *musí* věc samu *předjímat* již ve fázi nařizování předběžného opatření. Musí zjišťovat, zdali je *osvědčen* nárok ve věci samé. Je třeba prověřit, jestli se nárok ve věci samé zdá být odůvodněný, příp. jestli je dán onen relevantní právní vztah, ze kterého může nárok rezultovat; u zatímními opatřeními upravovaného narušeného právního vztahu je tak třeba zkoumat také případnou oprávněnost takového zásahu z pohledu odpůrce.²³¹

Konečně je třeba zdůraznit, že ve fázi řízení ve věci samé však již zde jakákoli *vázanost na „předúsudek“*²³² není. Úsudek učiněný ve fázi přijímání rozhodnutí o návrhu na předběžné opatření nijak nezavazuje, není vyřešenou předběžnou otázkou. Ve věci samé přijímané řešení se děje na podkladě úsudku zcela samostatného.

²²⁷ Vollkommer, M. in Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2218.

²²⁸ Tj. opatření, jejichž obsahem je zpravidla být částečné přechodné uspokojení nároku (zajišťovaného práva). Srov. Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 742, marg. č. 1597a.

²²⁹ Viz marg. č. 21.

²³⁰ Srov. např. Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 17.

²³¹ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 233 a 234.

²³² Předjímání z doby nařizování předběžného opatření.

13. Účinky předběžných opatření

Přeběžná opatření mohou – v závislosti na zákonodárcem zvolené právní úpravě a podle způsobu zajištění – vyvolávat zajišťující účinky různého druhu a stupně.

44

Tak se pro Německo stalo typické, že tamní přeběžná opatření jsou schopna vyvolat vznik *zástavního práva* na postižených předmětech zajištění, zejm. věcech a pohledávkách. V Rakousku vznik takového zástavního práva u peněžitých pohledávek výslovně vylučuje § 379 odst. 4 EO, u ostatních zajišťovaných nároků se se vznikem zástavního práva také nepočítá. Dle mého názoru již z podstaty věci, když takové zajištění pro jiné než peněžité nároky nenaplní cíl těchto opatření. Ustanovení § 379 odst. 4 EO má tedy toliko funkci zdůraznění. České právo, aniž by o tom byla výslovná zmínka, zjevně sleduje výše uvedený rakouský model. Případ přeběžného opatření *sui generis* představuje vzájemné sepsání, jehož účinkem je *uchování* (zachování) *zákonného* zástavního práva (viz marg. č. 54).

V úvahu by mohl dále přicházet zejm. jiný, zákonem v souvislosti s přeběžným opatřením konstituovaný účinek spočívající ve vzniku práva *přednostního uspokojení*, resp. práva *lepšího pořadí* v případě vyskytnuvší se mnohosti věřitelů, např. v rámci exekučního rozvrhu. Takový účinek však jak v rakouském, tak v českém právu nelze vysledovat. Z nedostatku výše uvedených účinků je v rakouském právu zkratkovitě hovořeno toliko o „*faktickém*“ *zajištění* či úpravě prostřednictvím přeběžných opatření.²³³ Pro úplnost je však třeba dodat, že vznik zástavního práva na věcech nebo pohledávkách je v rámci provizorní ochrany v Rakousku znám v rámci úpravy tzv. exekuce k zajištění (§ 374 EO). Českému právu pak „právo pořadí“ také není neznámé, když zajištění nároku poškozeného podle trestního řádu vytváří pořadí (pro uspokojení zajištěné pohledávky v rámci rozvrhových skupin) ve vykonávacím, exekučním a insolvenčním řízení.²³⁴

45

Výše uvedené spíše faktické působení potvrzuje např. ustanovení, které zakládá možnost přeběžným opatřením uložit třetí osobě povinnost (tzv. *Drittverbot*), jejíž porušení vyvolává zásadně toliko povinnost k *náhradě škody* (srov. § 76 odst. 2 OSŘ). Rovněž účinky zákazů (*neplatnosti*) převodů věcí budou do značné míry limitovány tím, že právní úprava chrání dobrověrné nabytí. Výjimkou zde však bude zejm. zákaz převodu nemovitostí (příp. jiná ve veřejných rejstřících zapsaná „nařízení“), které budou silou zákona *vylučovat dobrou víru* nabyvatelů. V české právní úpravě lze mít za to, že neplatnost právního jednání, jímž byla porušena povinnost uložená závazným vykonatelným usnesením o nařízení přeběžného opatření (§ 76f OSŘ), je neplatností absolutní (§ 588 ObčZ), avšak není vyloučeno dobrověrné nabytí za splnění zákonných předpokladů (§ 1109 až 1113 ObčZ). Ohledně nemovitých věcí však tomu může zabránit § 76f odst. 2 OSŘ (viz níže).

46

Již dříve bylo zmíněno, že rakouský a český zákonodárce tím, že nekonstituují vznik

²³³ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 37.

²³⁴ Srov. § 47 TrŘ a navazující § 332, § 337c odst. 5, § 338ze odst. 5, § 338d OSŘ, § 73a odst. 6 EŘ a § 167 InsZ.

zástavního práva na postižených předmětech zajištění, musejí pravidelně (neplyne-li účinek z povahy věci, např. z povahy zákazu), upravit důsledky (účinky), které jsou s předběžným opatřením spjaty. To také rakouský zákonodárce (oproti tomu českému) *důsledně* činí.²³⁵ V této souvislosti lze – zde *in concreto* s ohledem na potřebu řešit důsledky uložených zajišťovacích opatření – upozornit na nedostatek české právní úpravy spočívající v chybějícím odkazu na podpůrné pro předběžné řízení použitelná pravidla (viz marg. č. 13).

Výslovný účinek OSŘ spočívající v tom, že *pozbývá své právní účinky návrh na vklad* práva týkajícího se této nemovitě věci, o němž dosud nebylo příslušným orgánem pravomocně rozhodnuto, je sice odchylkou od rakouského práva a z hlediska právní teorie lze mít o takto koncipovaném účinku pochybnosti, nicméně z pohledu navrhovatele (ohrožené strany) jde o efektivní opatření. Leckdy je to právě až běžící vkladové řízení, které navrhovateli umožní osvědčit zajišťovací důvod (hrozící nebezpečí).

Zvláštní účinky má opatření, které je nejen historicky považováno za předběžné, a sice poznámka spornosti (v ČR srov. zejm. § 985 a 986 ObčZ). Účinky poznámky spornosti jsou však dalekosáhlejší, než připouští česká a rakouská právní úprava „běžného“ předběžného opatření. Veškeré *pozdější zápisy* (příp. i některé zápisy dřívější), které jsou s ní v *rozporu*, lze totiž na jejím podkladě *vymazat*, pokud je důvod jejího zápisu před soudem obhájen (justifikován)²³⁶ (viz marg. č. 55).

14. Vztah k dalším institutům provizorní ochrany, resp. institutům příbuzným

Procesní předpisy obsahují kromě „koncentrované“ úpravy předběžné právní ochrany v podobě předběžných opatření²³⁷ i další ustanovení, která mají za cíl *předběžnou (provizorní) právní ochranu*. Obecně lze říci, že pokud tato speciální ustanovení upravují postupy, které sledují stejný nebo obdobný cíl (ochranu) jako předběžná opatření, nezbyvá pro použití ustanovení o předběžných opatřeních místa. Návrh na vydání předběžného opatření by byl nepřipustný, resp. nedůvodný. Je však třeba v každém jednotlivém případě zkoumat, kam až cíl, resp. ochrana těchto speciálních opatření sahá a jestli na místech, kde končí, nenastupuje opět možnost využití obecnějšího (*legis generalis*) prostředku ochrany prostřednictvím předběžného opatření.²³⁸ Jako obecné pravidlo však lze uzavřít, že tam, kde zákonodárce zvolil zvláštní

²³⁵ Srov. např. § 384 odst. 2 a 3 EO a odlišné české řešení v § 76f OSŘ (ohledně zákazu zcizování nemovitých věcí), jakož i § 382 odst. 1 bod 7 ve spojení s § 385 EO, které za rozdíl od § 76 odst. 2 OSŘ upravují důsledky zákazu uloženého dlužníku odpůrce (tzv. třetímu), které lze v české úpravě částečně dovodit (pokud jde o *náhradu škody*), částečně nikoli (např. pokud jde o možnost třetího, „osvobodit“ se *ex lege* složením věci do soudní úschovy).

²³⁶ Např. podle § 24 odst. 3 KatZ vyhoví-li soud žalobě, o které je zapsána poznámka spornosti zápisu, vymaže katastrální úřad všechny zápisy, vůči nimž poznámka spornosti zápisu působí.

²³⁷ Srov. § 916 a násl. dZPO, § 74 a násl. OSŘ, § 378 a násl. EO.

²³⁸ Např. se zmínky o výjimce uvádějí v souvislosti s *Besitzprozess*, šekovým řízením a případy věřiteli hrozícího „*dammum irreparabile*“. Srov. Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger

právní úpravu, nepřipadá již použití instrumentu předběžného opatření *zásadně* v úvahu. Účelem následujících pasáží je představení a vymezení *dalších* prostředků předběžné ochrany ve vztahu k předběžným opatřením.

14.1 Předběžná vykonatelnost

Předběžná vykonatelnost představuje shodně jako předběžná opatření druh předběžné ochrany věřitele, resp. žalobce. Vycházejí z historických zdrojů dnešních právních úprav lze říci, že myšlenka připojit rozsudku prohlášení o jeho předběžné vykonatelnosti byla obecnému německému procesu *cizí*; tím nemá být řečeno, že by jakákoli výjimka možného výkonu nepravomocného rozsudku vůbec neexistovala.²³⁹ Myšlenka předběžně vykonatelného rozsudku se do německy mluvících oblastí dostává z francouzského práva (např. do bavorského procesního řádu z 29. 4. 1869), kde se následně v dZPO „usazuje“ v restriktivnější podobě, tj. jako *výjimka* z pravidla „čekání“ na právní moc, ale již v podobě rozsudku *připojenému* „prohlášení“ o předběžné vykonatelnosti.²⁴⁰ Pozdější vývoj směřoval k tomu, že dnes jsou již všechny německé (dosud nepravomocné) rozsudky předběžně vykonatelné, a to s nutností složit jistotu či bez ní.²⁴¹ Tento vývoj byl rozdílný v porovnání s rakouským právem, které v EO zakotvilo institut *exekuce k zajištění*.

47

Všechny uvedené instituty (včetně předběžné ochrany prostřednictvím předběžných opatření) jsou vedeny společnou myšlenkou „zajištění“ *zájmů věřitele* (zejm. před dalším protahováním uskutečnění jeho práva²⁴²). Zájem dlužníka je v Německu a Rakousku chráněn minimálně v podobě jistoty, kterou je za účelem odvrácení účinků opatření oprávněn složit²⁴³ a zosílenou odpovědností věřitele za možnou škodu.

Exekuce k zajištění a předběžná vykonatelnost jsou na rozdíl od předběžné ochrany neodmyslitelně *spojeny s předcházejícím rozhodnutím soudu*, byť nepravomocným. Toto předcházející rozhodnutí, vydané jako výsledek „obvyklého“ (nikoli zkráceného či tzv. sumárního) procesu, je obecně nepochybně nadáno (přes svou nepravomocnost) vyšším stupněm *pravděpodobnosti správnosti*.

Proto jsou zásadně předběžně vykonatelné (nepravomocné) rozsudky *vykonatelné stejně*, jako je tomu u těch pravomocných a vykonatelných (zejm. tedy exekučně). To však neplatí pro rakouskou exekuci k zajištění, kde se sice jedná se o *exekuci*, avšak

Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1836; Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 165.

²³⁹ Vogt, S. Einstweiliger Rechtsschutz und Vorläufige Vollstreckbarkeit. Berlin : Duncker und Humblot, 1991.

²⁴⁰ Tamtéž, s. 30 a násl.

²⁴¹ Srov. § 708 a násl. dZPO.

²⁴² Myšleno je jistě i na snahy dlužníka, „věc“ oddalovat opravnými prostředky, které zjevně nemají šanci na úspěch a předcházet příp. dalšímu „zhoršení“ majetkové situace (tak např. Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 36), ke kterému by rozsudek mohl motivovat.

²⁴³ Např. § 376 odst. 1 bod 2 EO, § 711 dZPO, k předběžným opatřením srov. dále marg. č. 102.

její průběh je zpravidla omezen jen na zajišťovací kroky, tedy jakousi na „půl cesty jsoucí a tam se zastávající exekuci“. Předběžná vykonatelnost z uvedeného důvodu rovněž *není obecně odvislá od zvláštního „legitimačního“ důvodu*, jakým je u předběžných opatření tzv. zajišťovací důvod (srov. marg. č. 24);²⁴⁴ to však neplatí pro české právo (pokud jde o předběžnou vykonatelnost podle § 162 odst. 2 OSŘ) ani zásadně pro rakouskou exekuci k zajištění (srov. § 370 EO). Předběžná vykonatelnost směřuje k *uspokojení* toho, co bylo předmětem a bylo přiznáno jako po právu ve věci samé, zatímco předběžná ochrana se drží *zajištění*. Byť jsou předběžná opatření „okamžitě“ vykonatelná, jejich obsah směřuje k zajištění, které jen výjimečně (u předběžných opatření s efektem plnění) může zajišťovat²⁴⁵ i *předběžným, resp. mezitímním* uspokojením.²⁴⁶ Uvedené je jistě odrazem rozdílnosti předmětu „předběžného“ a hlavního řízení. Lze mít za to, že předběžná vykonatelnost přímo prosazuje „zajišťovaný nárok“, předběžné opatření jej svou služební funkcí prosazuje nepřímo, tj. jeho zajištěním.

Pro právní úpravu OSŘ je symptomatické, že vnitřní provázanost (promyšlenost) obou institutů chybí. Samotná právní úprava § 162 odst. 2 OSŘ, která váže možné vyslovení předběžné vykonatelnosti na „zajišťovací důvod“, tj. nebezpečí těžko nahraditelné nebo značné újmy, se nezdá být z pohledu teorie příliš zdařilým „doplňkem“ nároku na efektivní soudní ochranu. I v praxi lze mít o smysluplnosti této úpravy důvodné pochybnosti, neboť soudní praxe „fakultativní“ předběžné vykonatelnosti využívá zcela mizivě. Mám za to, že pokud byl soudem nárok rozsudkem přiznán, pak zásadně bylo již dříve možno jej jakožto zajišťované právo osvědčit, přičemž znak „nebezpečí těžko nahraditelné nebo značné újmy“ jistě též naplňuje „zajišťovací důvody“ podle § 76 OSŘ, tj. nutnost, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, příp. obavu, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen.²⁴⁷

Z hlediska *časového* mám za to, že do doby vydání rozsudku se uplatní pouze ochrana prostřednictvím předběžných opatření, po jeho vydání s „prohlášením předběžné vykonatelnosti“, příp. předběžnou vykonatelností ze zákona, pak existuje ochrana paralelní, ve které ochrana prostřednictvím předběžných opatření zaujímá subsidiární místo (dopadající jen na výjimečné případy).

²⁴⁴ Srov. *Schuschke, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1615.

²⁴⁵ Zejm. v případech existenční nouze, resp. jiných případech, kdy zajištění v úzkém slova smyslu není možné.

²⁴⁶ I předběžným opatřením s efektem plnění však zůstává právní aspekt předběžnosti a mezitímnosti, jak jsem o nich výše pojednal.

²⁴⁷ To dokazuje i řídka soudní praxe: KS v Hradci Králové (sp. zn. 21 Co 220/2010, dohledatelný v Beck-online), vyslovil předběžnou vykonatelnost rozsudku (znějícího na povinnost vydat žalobci osobní motorové vozidlo) ve smyslu § 162 odst. 2 OSŘ z důvodu, že žalobci hrozilo prohlubování značné újmy spočívající ve škodě na předmětném vozidle, ušlém zisku apod. Škoda na vozidle jakožto objektu sporu, resp. dokonce její prohlubování, je jistě „zajišťovacím důvodem“ ve smyslu § 76 OSŘ.

14.2 Exekuce k zajištění

V návaznosti na předchozí část zmiňuji *institut předběžné ochrany*, který v současném OSŘ chybí, a to tzv. exekuci k zajištění (v Rakousku označovanou jako *Exekution zur Sicherungstellung*, v Německu jako *Si-che-rungs-vollstreckung*).

Podle § 370 EO lze za účelem *zajištění peněžité pohledávky* na základě rakouských prozatím *nevykonatelných* usnesení vzešlých z nesporného řízení, resp. nepravomocných rozsudků vzešlých ze sporného řízení, povolit exekuční opatření. Je tedy zjevné, že předpokladem je již *existující soudní rozhodnutí*. Chráněným je zde zájem procesně úspěšného věřitele (žalobce) na tom, aby prostřednictvím exekuce k zajištění bylo předejito zmaření nebo podstatnému ztížení vymožení peněžité pohledávky²⁴⁸ (samotný titul tedy v zásadě nepostačuje, je třeba osvědčit uvedené *nebezpečí*). Jedná se o *exekuci*, jejíž průběh je však zpravidla omezen jen na zajišťovací kroky, tedy jakousi na „půl cesty jsoucí a tam se zastavující exekuci“.²⁴⁹ Zejména uspokojení vymáhajícího věřitele je *vyloučeno* (to na rozdíl od exekuce na základě předběžné vykonatelného titulu). Až s nástupem vykonatelnosti, resp. právní moci exekučního titulu odpadá k návrhu žalobce rozvazovací podmínka pro další exekuční kroky a uspokojení pohledávky. U taxativně vyjmenovaných titulů přitom odpadá jakékoli dokazování či osvědčování předpokladu zmaření nebo podstatného ztížení vymožení peněžité pohledávky.²⁵⁰ U další skupiny titulů – zejm. prvoinstančních rozsudků, proti kterým bylo podáno odvolání – lze ohrožení osvědčit nebo osvědčení nahradit jistotou (§ 371a EO). Konečně je zde skupina titulů, u kterých je vždy třeba osvědčit předpoklad objektivní hrozby zmaření nebo podstatného ztížení vymožení peněžité pohledávky, bez možnosti osvědčení nahradit jistotou. Exekuční opatření jsou omezena na *zřízení zástavního práva* na nemovitostech, resp. „postižení“ (obestavení) movitých věcí a pohledávek (spojené se vznikem zástavního práva²⁵¹) či jejich nucená správa, přičemž případné výjimečně²⁵² „výnosy“ směřují do soudní úschovy (nikoli tedy k věřiteli). Exekuce k zajištění končí tím, že je převedena do „plné, resp. uspokojující exekuce“, anebo je zastavena či zrušena.

Vztah rakouské exekuce k zajištění vůči předběžným opatřením je charakterizován tak, že lze-li za účelem zajištění peněžité pohledávky vyvolat exekuční opatření, není za stejným účelem přípustné předběžné opatření (§ 379 odst. 1 EO). Pokud po vydání předběžného opatření již došlo k nařízení exekuce k zajištění (pro peněžitou pohledávku), znamená to změnu poměrů, pro kterou již předběžné opatření není potřebné (§ 399 odst. 1 EO).²⁵³ Konečně lze mít za to, že pokud by s předběžnými opatřeními

²⁴⁸ Rechberger, W., Oberhammer, P. Exekutionsrecht. 4. vydání. Wien : WUV Universitätsverlag, 2009, s. 208.

²⁴⁹ Holzhammer, R. Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht. 4. vydání. Wien : Springer, 1993, s. 409.

²⁵⁰ § 371 EO uvádí např. opravnými prostředky napadené rozsudky pro uznání a zmeškání, dále směnečné rozkazy, rozsudky druhé instance, proti kterým je přípustný opravný prostředek s odkladným účinkem atd.

²⁵¹ § 256 EO.

²⁵² Např. u věcí podléhajících rychlé zkáze.

²⁵³ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 34.

byl spojen efekt vzniku zástavního práva na postižených věcech (hodnotách), pak by institut exekuce k zajištění bylo možné z rakouského právního řádu vypustit.²⁵⁴

Exekuce k zajištění pomyslně „stojí“ jakožto další institut podporující efektivní ochranu práva mezi předběžnými opatřeními a „plnou“ exekucí.²⁵⁵

V Německu není institut exekuce k zajištění zakotven tak, jako je tomu v Rakousku, neboť německé dZPO vychází z *pravidelné* předběžné vykonatelnosti rozsudků. Přesto bylo dZPO doplněno o § 720a, který dovoluje zajištění rozsudku znějícího na zaplacení *peněžitě pohledávky*, který je předběžně vykonatelný jen oproti složení jistoty (podmíněně vykonatelný) tím, že připouští „zajišťovací“ vedení exekuce bez složení jinak nutné jistoty, pokud se exekuční opatření omezí na obestavení (*Pfändung*) movitých věcí nebo zřízení zástavního práva na nemovitostech. Uspokojení věřitele je přípustné až a současně již v případě složení jistoty.²⁵⁶ Na rozdíl od rakouské exekuce k zajištění, kde se „čeká“ na právní moc nebo vykonatelnost exekučního titulu. Jde tedy o obdobný koncept jako v Rakousku, ovšem (zřejmě v důsledku navázání na institut předběžné vykonatelnosti) bez zásadní nutnosti osvědčení nebezpečí zmaření nebo podstatného ztížení vymožení peněžitě pohledávky.

České právo komparativně nesporně zaostává co do prostředků předvídaných ku prospěchu (efektivního) vymáhání peněžitých pohledávek, když výše popsané prostředky nemají v tuzemském právu rovnocenný protějšek (na praktickou nefunkčnost „hybridního“²⁵⁷ ustanovení § 162 odst. 2 OSŘ bylo výše poukázáno). Lze dodat, že oba srovnávané právní řády počítají i s ochranou dlužníka spočívající v tom, že odvrátí „zajišťovací“ exekuční opatření složením jistoty, resp. poskytne jiné zajištění (srov. § 720 odst. 3 dZPO, resp. § 376 odst. 1 bod 2 EO). O absenci zakotvení obdobného institutu jistoty poskytované ze strany odpůrce v rámci českého předběžného řízení bude pojednáno níže (viz marg. č. 102).

14.3 Předběžná opatření, resp. řízení a soudcovské, resp. exekutorské zástavní právo

Zřízení soudcovského, resp. exekutorského zástavního práva představuje samostatný *způsob výkonu* rozhodnutí (provedení exekuce) – srov. § 866 dZPO, § 87 EO, § 338b OSŘ a § 73a EŘ. Zvláštností tohoto způsobu výkonu rozhodnutí (provedení exekuce)

²⁵⁴ König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 4, pozn. pod čarou 11n).

²⁵⁵ Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. *Exekutionsordnung. Kommentar*. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, s. 1691.

²⁵⁶ Obdobně je tomu i v případě, že exekuční titul nabude formální právní moci – i zde se pak zpeněžení a uspokojení věřitele stává „nepodmíněným“ (srov. Baumbach, A., Lauterbach, W., Albers, J., Hartmann, P. *Zivilprozessordnung*. 68. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1857, marg. č. 4).

²⁵⁷ V § 162 odst. 2 OSŘ je svou povahou předběžnou vykonatelností, avšak s prvkem zvláštního prokazovaného „zajišťovacího důvodu“, který připomíná, avšak je odlišný od rakouského „zajišťovacího důvodu pro exekuci k zajištění“ (naopak se blíží rakouskému „zajišťovacímu důvodu zatímního opatření“); podstata zajišťovací exekuce rakouského typu však ustanovení chybí.

je, že se vyčerpává vznikem zástavního práva, tedy již v jeho rámci nedochází ke zpeněžování nemovitosti. Se vzniklým zástavním právem *na nemovitosti* je z povahy věci spjat *aspekt zajištění*, a to ve vztahu k *vykonatelným exekucním titulem* podložené *peněžitě pohledávce*. Tento aspekt vytváří jistý vztah příbuznosti k předběžným opatřením, jejichž funkcí je v užším smyslu zajištění nároku. Uvedený vztah je ovšem poměrně vzdálený, resp. není tak blízký, jak by se na první pohled mohlo zdát. Účel zajištění „nuceným zástavním právem“ je totiž obvykle spatřován v tom, že oddálením uspokojení pohledávky lze očekávat výhodnější zpeněžení,²⁵⁸ případně se povinnému poskytuje časový prostor k pozdějšímu plnění.²⁵⁹ Zajištění „nuceným zástavním právem“ však spočívá *především* v tom, že oprávněný získává při pozdějším zpeněžení nemovitosti právo na uspokojení z výtěžku v *pořadí* odpovídajícímu zřízenému zástavnímu právu; jde tedy o získání výhody oproti jiným věřitelům. Další výhodou je, že pro pohledávku, pro niž bylo zřízeno soudcovské zástavní právo, lze vést výkon rozhodnutí prodejem nemovité věci *přímo* i proti každému pozdějšímu vlastníku nemovité věci, který ji nabyl smluvně (§ 338d OSŘ, obdobně § 89 EO).

Zajištění prostřednictvím soudcovského, resp. exekutorského zástavního práva je variantou zajištění, která v přichází v úvahu až v exekucním (vykonávacím) řízení, tedy na podkladě vykonatelně a obvykle pravomocně přiznané peněžitě pohledávky. Jde ve srovnání s předběžnými opatřeními o jinou a jen s výhradou provizorní ochranu, neboť je v podstatě získávána výhoda *proti ostatním věřitelům v okamžiku, kdy již je možné exekucí uspokojení z dané nemovitosti samé*.

Vztah ochrany prostřednictvím předběžných opatření k ochraně prostřednictvím exekutorského, resp. soudcovského zástavního práva považuji za *podpřípad* vztahu předběžných opatření k exekuci obecně (srov. marg. č. 77).

Z komparativního pohledu česká právní úprava zaostává v tom, že *vznik zástavního práva* na majetku odpůrce neumožňuje již prostřednictvím *předběžných opatření*, resp. arestu (Německo), anebo na základě toliko „omezené“ *předběžné vykonatelného, resp. prvostupňově vydaného titulu*, jak je tomu v Německu, resp. Rakousku (srov. marg. č. 44). *Efektivní* ochrany práv navrhovatele, která je se vznikem zástavního práva pro jeho pohledávku bezesporu spojena, je podle srovnávaných úprav dosaženo (za splnění podmínek) o mnoho *dříve*. Německá úprava navíc dovoluje jít na základě široké předběžné vykonatelnosti rozsudku ještě dál, když zásadně umožňuje dosáhnout dokonce efektivní exekucí uspokojení nepravomocně přiznaných pohledávek.

²⁵⁸ Smolík, P. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 1220.

²⁵⁹ Neumayer, M. Exekutionsrecht. Wien : Manz, 2004, s. 147.

14.4 K tzv. dočasným opatřením zamezujícím výkonání rozhodnutí

49

Obecně v případech, kdy věřitel disponuje vykonatelným titulem, proti kterému dlužník brojí, zejm. opravnými prostředky, nebo proti jehož výkonu (příp. výkonu jednotlivých exekučních opatření) se brání vznesením nejrůznějších (např. exekučních) prostředků nápravy, zná OSŘ a jeho zahraniční ekvivalenty možnost *předběžné* (tj. do doby rozhodnutí o prostředku nápravy) *ochrany povinného*. Povinný má možnost dosáhnout zamezení (omezení) nuceného výkonu z důvodu zabránění, obecně řečeno, „neodčitelné, okamžité újmy“.²⁶⁰ Přechodnost takové předběžné ochrany má trvat po dobu do vyjasnění hmotněprávně sporných nároků anebo je v některých jiných případech zohledněn *přechodný* stav na straně povinného, pro který lze výkon dočasně odložit (srov. § 266 odst. 1 OSŘ). Odpovídající úkony soudu v takových případech lze obecně označovat jako *dočasná opatření zamezující výkonání rozhodnutí*. Svou povahou jde o opatření v rámci provizorní ochrany.

Mezi výše uvedené obecné instrumenty lze řadit odklad vykonatelnosti NS (§ 243 OSŘ, § 719 dZPO), odložení vykonatelnosti z důvodu podání excindační žaloby (§ 267 ve spojení s § 266 OSŘ, § 771 odst. 1 dZPO), odložení vykonatelnosti z důvodu podání „opoziční žaloby“ [§ 268 písm. g) ve spojení s § 266 OSŘ, § 769 dZPO], odložení vykonatelnosti (§ 266 odst. 2 OSŘ, § 732 odst. 2 dZPO), odložení vykonatelnosti z důvodu podání návrhu na „vedení do předchozího stavu“ (prominutí zmeškání lhůty) nebo podání žaloby na obnovu řízení (§ 707 ve spojení s § 233 a 578 dZPO, § 235c OSŘ) atp.

Jelikož uvedené instrumenty pracují s faktory, které lze připodobnit k zajišťovacímu důvodu (ovšem zde na straně protistrany, resp. odpůrce) nebo (předpokladu) odpadnutí zajišťovaného práva, resp. jej příznávajícího titulu, vzniká zde možná *konkurence* opatření provizorní ochrany. Protistranu by mohlo napadnout bránit se realizaci vykonatelného titulu, proti kterému (jak výše uvedeno) brojí návrhem na vydání předběžného opatření. Z hlediska ochrany poskytované prostřednictvím předběžných opatření je podstatné, že v případech, na které *dopadají* zvláštní ustanovení upravující dočasná opatření zamezující výkonání rozhodnutí, *není* „alternativní“ *využití předběžných opatření přípustné*. Důvodem je *vztah speciality* těchto ustanovení k obecnější předběžné ochraně poskytované předběžnými opatřeními.

Zcela jiný úhel pohledu představuje problematika, zdali přímo *proti předběžnému opatření*, které rovněž představuje vykonatelný (vykonávaný) titul, lze použít některý z výše uvedených dočasných opatření zamezujících výkonání rozhodnutí. Lze tedy např. proti předběžnému opatření na plnění výživného vydávaného ze zajišťovacího důvodu existenční nouze na straně navrhovatele uplatňovat odložení provedení výkonu předběžného opatření z důvodu existenční nouze na straně odpůrce (povinného) anebo žádat odložení provedení výkonu předběžného opatření, lze-li

²⁶⁰ Srov. obdobně *Schusckhe, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1836.

očekávat, že výkon bude zastaven pro zánik práva jím zajišťovaného (avšak striktně vzato nikoli přiznaného) práva nebo úspěch excindační žaloby? Některá z uvedených dočasných opatření zamezujících vykonání rozhodnutí nebudou *a priori* vůbec myslitelná, neboť *opravný prostředek*, s nímž je opatření spjato, není proti předběžným opatřením *přípustný* (tak např. ohledně podání žaloby na obnovu řízení). Současně je třeba připomenout pravidlo, podle kterého „odstranění“ jednoho předběžného opatření nelze docílit vydáním protichůdného předběžného opatření (viz marg. č. 35). Z něj vyplývá, že opravné prostředky (nástroje) je třeba hledat především interně v rámci předběžného řízení, zejm. v podobě návrhu na zrušení předběžného opatření z důvodu změny okolností. Položená otázka se tak bude stavět především v konkurenci „interního“ projednání v rámci předběžného řízení na straně jedné a *vykonávacího řízení (resp. postupu vykonávání)* na straně druhé. Zde podle mého názoru platí, že pokud je předběžné opatření *vykonáváno* (tj. nepředstavuje exekuční titul v úzkém slova smyslu), jsou exekuční prostředky nápravy (např. opoziční nebo impugnační žaloby, včetně v rámci nich případně projednávaných otázek odložení vykonatelnosti) neaplikovatelné. Pokud však předběžné opatření představuje exekuční titul, který je nutno *vykonat* v rámci exekučního (vykonávacího) řízení, pak není řešení otázky jednoznačné. V Rakousku totiž řada autorů považuje prostředky nápravy v rámci předběžného řízení – zejm. návrh na zrušení podle § 399 EO – za dostatečné k tomu, aby jimi bylo dosaženo cíle, který je sledován impugnačními a opozičními žalobami, avšak judikatura uvedené žaloby připouští.²⁶¹ OGH vyzdvihuje, že řešení v rámci předběžného řízení spíše odpovídá rovnosti zbraní, když je založeno na „pouhé“ osvědčovací zásadě. Výsledek je takový, že rakouská praxe připouští využití obou druhů konkurujících si nástrojů nápravy.²⁶² Jelikož zastávám shodný názor, že je možné se bránit předběžným opatřením, která podléhají výkonu v exekučním řízení, mj. tzv. impugnačními a opozičními žalobami,²⁶³ pak *a priori* nevylučuji ani procení možnosti odložení provedení výkonu předběžného opatření. K tomu však uvádím, že je nutno pečlivě zkoumat důvod odložení provedení výkonu, neboť je-li jím např. zvláště *nepříznivý následek* (srov. § 266 odst. 1 OSŘ), pak ten u předběžných opatření využívajících ryze zajišťovací prostředky bude stěžejní.²⁶⁴ U zatímních opatření s efektem uspokojení navrhovatele naopak má dojít v rámci předběžného řízení k *vyvažování zájmů stran*,²⁶⁵ pročež bude již jednou provedenou úvahou exekuční soud částečně limitován. Zvláštní zacházení si zaslouží *excindační žaloby podávané „třetími“* (§ 267 OSŘ, § 37 EO), neboť tyto zásadně nemají možnost podat návrh na zrušení předběžného opatření (§ 77 odst. 2 OSŘ). Proto pro ně bude platit možnost žádat odložení provedení výkonu předběžného opatření bez výše zvažovaných omezení, plynoucích z možnosti uplatnit interní

²⁶¹ Srov. König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 223 a 224; např. OGH SZ 8/141.

²⁶² Srov. König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 225; např. OGH SZ 60/60.

²⁶³ K vymezení tzv. impugnačních a opozičních sporů srov. Mikeš, J. in Winterová, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 5. vydání. Praha : Linde, 2008, s. 537 a násl.

²⁶⁴ Srov. Jakusch, W. in Angst, P. *Kommentar zur Exekutionsordnung*. 2. vydání. Wien : Manz, 2008.

²⁶⁵ Být v ČR nemusejí být z důvodu procesního nastavení tyto zájmy odpůrce dobře známy.

opravné prostředky v rámci předběžného řízení.

V německém právu je možnost „dočasného pozastavení“ výkonu (*einstweilige Einstellung der Vollziehung*) předvídána v § 924 odst. 3 dZPO a spojována mj. jak s podáním odporu (*Widerspruch*), tak návrhu na zrušení předběžného opatření (arestu) pro změnu okolností.²⁶⁶ Jde o doplněk možnosti, předejít výkonu složením jistoty (skládané ze strany odpůrce – viz marg. č. 102). Ani zde však nemá jít o prostředek „podkopávání“ účinnosti předběžných opatření, ale ochranu odpůrce tam, kde odporu, resp. návrhu na zrušení předběžného opatření (arestu) pro změnu okolností bude podle všeho (*evidentně*) *vyhověno*, resp. předběžné opatření s efektem plnění *zjevně* ztratilo na opodstatněnosti (např. z důvodu námitky promlčení).²⁶⁷ Posléze uvedená předběžná opatření silou zajišťovacího důvodu, pro který byla vydána, nebudou „dočasnou změnu“ dočasným pozastavením výkonu obvykle připouštět. I zde by tedy mělo být odpadnutí důvodů vydání předběžného opatření evidentní.

Na doplnění souvislosti uvádím, že v rámci exekuce či výkonu rozhodnutí bude pochopitelně v případě předběžných opatření začasté dán důvod pro jejich zastavení proto, že předběžné opatření, které je podkladem výkonu, bylo následně zrušeno nebo se stalo neúčinným [§ 268 odst. 1 písm. b) OSŘ]. Těžiště výše uvedeného výkladu však leží jinde, a to v otázce „konkurence“ různých opatření provizorní ochrany (předběžných opatření a dočasných opatření zamezujících vykonání rozhodnutí).

14.5 Zajištění důkazu

OSŘ upravuje v § 102 i v části druhé hlavě druhé (§ 74 až 78a OSŘ) v „těsné systematické souvislosti“ předběžná opatření a zajištění důkazu.²⁶⁸ Již to vyvolává otázku ohledně jejich vzájemného vztahu a potřeby odlišení.

50

Na prvním místě je třeba zaměřit se na *účel* obou právních institutů. Předběžná ochrana prostřednictvím předběžných opatření slouží především *zajištění práva* do doby, než dojde k rozhodnutí o něm v řízení ve věci samé, příp. do doby jeho nucené realizace. Dosažení tohoto cíle je totiž spojeno s časovým nákladem (viz marg. č. 11). Oproti tomu je účelem zajištění důkazu, aby se rovněž ve „zrychleném a zkráceném řízení“ zajistil důkaz, který by v hlavním řízení nebylo možno provést buď vůbec, nebo jen s velkými obtížemi,²⁶⁹ příp. nikoli se stejným výsledkem.²⁷⁰

²⁶⁶ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 390.

²⁶⁷ Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1718 a násl.

²⁶⁸ V dZPO je úprava „samostatného důkazního řízení“ upravena v § 485 a násl., v öZPO je úprava „zajištění důkazu“ upravena v § 384 a násl.

²⁶⁹ Viz § 78 OSŘ. Německá a rakouská právní nauka pod pojem „velkých obtíží“, resp. „ztížení použití“ (*Benutzung*) důkazního prostředku řadí též podstatně zvýšený časový nebo finanční náklad, jakožto podstatnou v budoucnu očekávatelnou překážku (srov. Rassi, J. in *Fasching, H., Konecny, A.* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004, s. 968).

²⁷⁰ Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. Mün-

I zde tedy hraje podstatnou úlohu časový faktor (*Dringlichkeit*). Cílem zajištění důkazu je obecně předejít ohrožení *ztrátou, ztížením či znehodnocením možnosti pozdějšího provedení důkazu (resp. získání důkazu, jakožto výsledku dokazování)* v důsledku změny situace. U předběžných opatření jde o *zajištění* s ohledem na ohrožení ztrátou (ztížením) možné *realizace práva*. Oba instituty mají pomocnou (sloužící) funkci ve snaze dosáhnout toho, aby byla poskytnuta *efektivní* finální právní (soudní) ochrana. Poskytují však odlišnou službu.

S jistým zjednodušením lze uzavřít, že zatímco zajištění důkazu směřuje do skutkové roviny, tedy *slouží „správnému“ procesnímu zjištění skutkového stavu*, na základě kterého bude rozhodováno o právu (čímž zprostředkovaně slouží i jeho ochraně), předběžné opatření zajišťuje právo samé, resp. právní následek uplatňovaný v „hlavním řízení“, jehož důvodnost bude právě ze zjištěného skutkového stavu vyvozována. Spojování obou institutů, kromě společné ryze procesní stránky (viz níže), lze spatřovat v obdobném účelu, kterým je *odvracení nebezpečí ztráty možnosti provedení (získání) důkazu, resp. odvracení nebezpečí ztráty možnosti realizace práva samého*, případně jejich podstatnému ztížení. Stručně řečeno, důvodem řízení o vydání předběžného (zajišťovacího) opatření je „ohrožená realizace práva“, u zajištění důkazu pak „ohrožený důkaz“.

Příklad:

V zajišťovacím řízení je zdokumentován stav zhotovované (vadně rozestavěné) nemovitosti,²⁷¹ stav poničeného bytu určeného k pronájmu po skončení stávajícího nájemního vztahu, věci vyvážené do zahraničí (tj. předmětu důkazního prostředku) anebo je zajištěna (zakonzervována) výpověď osoby (ohrožené na životě či na dlouho opouštějící tuzemsko). Účelem je použít výsledky dokazování ze zajišťovacího řízení posléze v hlavním řízení.

Je-li prostředkem k dosažení zamýšleného účelu „řízení o zajištění důkazu“, je *tím použitím předběžného opatření za stejným účelem vyloučeno*.

Obě řízení mají *společné procesní prvky (strukturu)*, což je spíše než výše uvedené důvodem jejich spojování na jednom místě v OSŘ. Společným prvkem obou řízení je předně jejich sumárnost (daná zejm. požadavkem pouze *osvědčit*²⁷²), zrychlený charakter²⁷³ a dále to, že se předvídají jak před, tak v rámci již zahájeného řízení. V obou případech jde o řízení odlišná od věci samé, s odlišným předmětem, která však na „hlavní řízení“ mají úzkou vazbu, nicméně jej teoreticky nikterak nenahrazují. Vazba se procesně projeví v nutnosti tvrdit zajišťované materiální právo (nárok), kterému má předběžné zajištění v konečném důsledku sloužit. Jeho *osvědčování* by však šlo za rámec předmětu „řízení o (pouhém) zajišťování důkazu“, ve kterém není rozhodováno o nárocích,²⁷⁴ ale v podstatě jsou jen zjišťovány skutkové okolnosti. Rovněž v řízení

chen : Carl Heymanns, 2011, s. 1837.

²⁷¹ Nemělo by však být dotčeno právo strany, aby byl znalec i vyslechnut.

²⁷² V Rakousku stačí tvrdit s tím, že osvědčení je třeba až na vyžádání soudu (srov. § 386 odst. 1 óZPO).

²⁷³ Jednání o jejich nařízení rozhodně nebude pravidlem, ba naopak.

²⁷⁴ Shodně *Rassi, J. in Fasching, H., Konecny, A. Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*. 2. vydání. 3.

o zajištění důkazu by odpůrci pokud možno (nehrozí-li nebezpečí z prodlení) mělo být zachováno *právo být slyšen*,²⁷⁵ ovšem nařízení jednání česká právní úprava spíše implicitně a rakouská úprava výslovně²⁷⁶ nepředpokládá. Obě úpravy pak vycházejí z práva odpůrce být přítomen u zajištění důkazu. Podle mého názoru je přípustné, aby zajištění důkazu *navrhoval* i v klasickém sporném řízení rovněž budoucí odpůrce, a to ve vztahu k jeho obraně proti procesnímu nároku. Rakouské i německé právo výslovně předvídá situaci, kdy pro navrhovatele *není dobře možné označit odpůrce* (§ 385 odst. 2 öZPO,²⁷⁷ § 494 dZPO); v tomto případě lze od označení protistrany upustit. Obdobný závěr by měl být z povahy věci dovozen i v procesu českém. Je však další otázkou, zdali je uvedená „volnost“ využitelná i pro předběžná opatření, přestože tak zkoumané právní úpravy výslovně nestanoví. V Německu se upozorňuje na možné obtíže označení odpůrce s tím, že např. v případě „obsazení domu“ se má za dostatečné konkrétní označení „obsazené“ nemovitosti.²⁷⁸ Snaha překonat objektivní nemožnost „klasickým způsobem“ označit odpůrce by se i v ČR měla v odůvodněných případech ubírat i v případě předběžných opatření naznačenou cestou tak, aby žalobce nebyl ponechán bez právní ochrany.²⁷⁹

Je možno dodat, že rakouské právo zná též možnost soudního zajištění důkazu, aniž by zde byla nutná *souvislost se sporem* (míněno v rámci nebo před zahájením řízení). Tato alternativa zajištění důkazu, upravená v § 384 odst. 2 öZPO, předpokládá existenci právního zájmu²⁸⁰ na zjištění současného stavu určité věci (aniž by byl nutně přítomen prvek ohrožení). I této alternativě je vlastní jisté ulehčení prosazení práva, jakož i prvek možného předejití sporu (např. výsledkem zajištění důkazu je zjištění vad díla).²⁸¹

Podstatná odlišnost řízení o zajištění důkazu od řízení o vydání předběžného opatření spočívá v tom, že prvně jmenované řízení prakticky nemá *dopad do hmotněprávní sféry* odpůrce. Není mu totiž ukládána povinnost, jak tomu je v řízení o vydání předběžného opatření. Procesně je odpůrce o řízení vyrozuměn, měl by být slyšen a je mu zásadně dána možnost být přítomen u zajištění důkazu, tedy právo, kterého však

svazek. Wien : Manz, 2004, s. 978.

²⁷⁵ Rakouské právo tak výslovně stanoví v § 386 odst. 1 öZPO, v ČR se tak fakticky z mé zkušenosti neděje.

²⁷⁶ § 386 odst. 1 öZPO.

²⁷⁷ *Die antragstellende Partei hat ferner den Gegner zu benennen. Hievon kann nur dann abgesehen werden, wenn sich aus den von der Partei dargelegten Umständen ergibt, dass sie nach Lage der Sache außerstande ist, den Gegner zu bezeichnen.*

²⁷⁸ Podrobně srov. Vollkommer, M. in Zöllner, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2188; *Schuschke, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1673 a násl.

²⁷⁹ K tomu, že v USA byla připustnost předběžného opatření proti nepojmenovaným odpůrcům dovozena cestou soudní judikatury, srov. *Hrnčířik, V.* Srovnání právní úpravy předběžných opatření v USA a v ČR. Právní rozhledy, 2014, č. 12, s. 419 a násl. (bod VI., 1).

²⁸⁰ Právní zájem má být dán tam, kde stav určité věci může (spolu)vytvářet základ nároku, jako např. stav úbytku či poškození přepravovaného zboží, zejména pak pokud stav věci zasahuje do soukromo- nebo veřejnoprávních vztahů navrhovatele (srov. *Rassi, J. in Fasching, H., Konecny, A.* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004, s. 970).

²⁸¹ Srov. *Rassi, J. in Fasching, H., Konecny, A.* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004, s. 963.

nemusi využít. Další odlišností je, že zatímco rozhodnutí v předběžném řízení nemá pro rozhodování věci samé důsledky (nezavazuje), výsledky zajišťovacího řízení mají, je-li důkaz relevantní, předurčující charakter;²⁸² jsou plně použitelné a též na jejich podkladě se rozhoduje (jsou-li relevantní). Konečně lze dodat, že v řízení o zajištění důkazu chybí znak předběžnosti ve smyslu ohrožení výsledku řízení („důkazu“ ve smyslu výsledku dokazování) možným zrušením či změnou v důsledku jednotlivých zvláštních ustanovení právní úpravy (viz marg. č. 21).

14.6 Zajištění předmětu důkazního prostředku

OSŘ pod vlivem práva EU zakotvil tzv. „zajištění předmětu důkazního prostředku ve věcech týkajících se práv z duševního vlastnictví“ (§ 78b až 78g OSŘ). Zajištění předmětu důkazního prostředku ve věcech týkajících se práv z duševního vlastnictví má oproti zajištění důkazu tu specifickou, že *nejde o zajištění důkazu* ve smyslu výsledku dokazování (tedy obstarání skutkových zjištění), ale o *zajištění předmětu důkazního prostředku* (tedy „nosiče“, který se následně stane předmětem ohledání či případně jiného důkazního prostředku směřujícího k obstarání skutkových zjištění).

52

V Rakousku i Německu je požadavek směrnice 2004/48/ES o dodržování práv duševního vlastnictví transponován do jednotlivých ustanovení zvláštních zákonů (patentového, autorského, o ochranných známkách atp.). Ty stavějí na obecné úpravě předběžných opatření a k zajištění předmětu důkazního prostředku,²⁸³ resp. ohledání věci²⁸⁴ používají právě předběžná opatření.²⁸⁵ König s odkazem na textaci § 381 EO („soudní vymáhání nároku zmařeno nebo značně ztíženo“) dovozuje, že zajištění předmětu důkazního prostředku je přípustné i předběžným opatřením obecně (za splnění dalších podmínek), a to na rozdíl od zajištění důkazu, kde je vydání předběžného opatření vyloučeno úpravou „řízení o zajištění důkazu“.²⁸⁶ Podle Rubeše²⁸⁷ z § 74 OSŘ („úprava poměrů účastníků“) plyne, že nelze nařídít předběžné opatření jen pro to, aby bylo „zajištěno vedení řízení“ (kam by spadal např. i účel provedení důkazu, uvedený výslovně v § 78b OSŘ), když takového účelu má být dosaženo povinností předložit listiny, zajištěním důkazu atp. Česká právní úprava přibližuje povahu zajištění předmětu důkazního prostředku nikoli předběžnému opatření, ale spíše zajištění důkazu, přičemž však pro něj vytváří zvláštní řízení (§ 78b až 78g OSŘ), které je jakousi paralelou k ustanovením upravujícím předběžná opatření. Popsané nastavení české právní úpravy by mohlo vést k závěru, že zajištění předmětu důkazního prostředku předběžným opatřením není z OSŘ dovoditelné, ani pokud

²⁸² Aniž by tím bylo dotčeno právo soudu důkaz hodnotit, zejm. v souvislosti s důkazy ostatními.

²⁸³ Např. *Beweismittel* podle § 151b öPatG.

²⁸⁴ Např. *Besichtigung einer Sache* podle § 140c dPatG.

²⁸⁵ Srov. König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 270.

²⁸⁶ Blíže König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 14. Obdobně vyplývá např. z usnesení OGH ze dne 24. 1. 2008, sp. zn. 20b247/07y.

²⁸⁷ Rubeš, J. *Občanský soudní řád. Komentář*. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 248.

ustanovení o zajištění důkazu a zajištění předmětu důkazního prostředku neposkytnou dostatečnou ochranu. Tím by se však otevřela mezera, pokud jde o efektivní soudní ochranu práva, když Rubešem naznačené prostředky nebudou vždy dostatečnou zárukou dosažení účelu zajištění předmětu důkazního prostředku.²⁸⁸

14.7 Vztah předběžné ochrany k ochraně rušené držby

Český OSŘ²⁸⁹ a rakouské öZPO²⁹⁰ upravují *zvláštní řízení* o ochranu rušené držby (*Besitzstörungsverfahren*). Německé dZPO obdobný institut neupravuje a v tomto směru si vystačí s obecnou úpravou předběžných opatření. Ke vztahu řízení o vydání předběžného opatření a zvláštního řízení o ochraně rušené držby lze říci následující. U základů obou institutů lze vysledovat myšlenku boje proti svémoci (svémocnému prosazení práv nebo rušení pokojných stavů).²⁹¹ V obou případech byla vytvořena *zrychlená* řízení, která jsou svou povahou řízeními *nalézacími*. Rozdíl však spočívá v jejich předmětu, neboť v řízení o ochranu rušené držby nejde o zajištění práva, ale o *ochranu, příp. obnovení poslední pokojné držby*, a to ochranu meritorní. Ve vztahu k řízení o vydání předběžného opatření je řízení o ochranu rušené držby tzv. „*hlavní věcí*“, *meritem*, jehož prosazení může být zajištěno i formou vydání předběžného opatření.²⁹² To, že tato věc hlavní má omezený předmět, v rámci kterého se nezkoumá *právo* k držbě (soud se omezí na zjištění poslední držby a jejího svémocného rušení) a že o tomto předmětu je meritorně rozhodováno usnesením, na uvedeném nic nemění. Řízení o ochranu rušené držby (posesorní řízení) má rovněž odlišný předmět od řízení petitorního,²⁹³ ve kterém jde

53

²⁸⁸ V anglosaském právním prostředí je k dosažení cíle zajištění předmětů důkazního prostředku znám tzv. Anton Piller order či search order (jakožto výjimečný a nikoli nesporný institut).

²⁸⁹ Od 1. 1. 2014 účinná ustanovení § 176 až 180 OSŘ.

²⁹⁰ § 454 až 459 öZPO.

²⁹¹ Není nezajímavé, že právě dřívější „řízení o sporech z rušení držby“, upravené císařským nařízením z 27. 10. 1849 (RGBI, 1849/12), je v Rakousku chápáno jako vzor pro „zatímní opatření“ (podle § 381 bodu 2 EO); viz *König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis*. 4. vydání. Wien: Manz, 2012, s. 265. Kodek uvádí, že právě *einstweilige Vorkehrungen* upravené v rámci *Besitzstörungsverfahren* představovaly inspirační zdroj celé úpravy předběžných opatření v EO (viz *Kodek, G. Die Besitzstörung – Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes*. Wien: Manz, 2002, s. 934).

²⁹² Rakouské právo výslovně v rámci řízení o ochraně rušené držby předvídá vydání předběžných opatření (§ 458 öZPO hovoří na rozdíl od EO terminologicky odlišně o *einstweilige Vorkehrungen*). Tato předběžná opatření podle öZPO se mají *věcně* odlišovat od předběžných opatření podle EO v podstatě jen časovým omezením možnosti jejich vydání (tj. po dobu trvání řízení o ochraně rušené držby) a možností jejich vydání či zrušení též *ex offio*, resp. též omezením přípustnosti opravných prostředků ve smyslu použití úpravy v öZPO (srov. *König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis*. 4. vydání. Wien: Manz, 2012, s. 265 až 266). *De lege ferenda* se někteří rakouští autoři kloní k odstranění zvláštní úpravy *einstweilige Vorkehrungen* v rámci řízení o ochraně rušené držby pro její převážné překrývání se s obecnou úpravou předběžných opatření (*König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis*. 4. vydání. Wien: Manz, 2012, s. 265; *Kodek, G. in Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Kathrein, G., Schauer, M. (ed.) ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*. Wien: Manz Verlag, 2008, s. 198).

²⁹³ Tj. řízení, v němž je uplatňováno věcné nebo oblažní právo.

o ochranu materiálního práva, nikoli faktického stavu – držby. Řízení o ochranu rušené držby je tedy charakterizováno omezením projednáváné materie, ze které je zejm. vyloučeno posuzování (obligacních a věcných) práv, která by pro držbu mohla být podkladem.²⁹⁴ Již z toho důvodu posesorní řízení nestojí nijak v cestě samostatnému rozhodování v řízení petitorním. Podstatným rozdílem ve vztahu k řízení o vydání předběžného opatření je, že vydané předběžné opatření musí být „justifikováno“ v řízení o věci hlavní, které je nutno zahájit (§ 391 odst. 2 EO, § 76 odst. 3 OSŘ), jinak předběžné opatření zaniká [§ 77 odst. 1 písm. a), resp. podle § 391 odst. 2, § 399 odst. 1 EO bude zrušeno]. V tomto smyslu je od počátku „životnost“ předběžných opatření omezena, zatímco v řízení o ochraně rušené držby je o meritu řízení rozhodnuto konečným způsobem.²⁹⁵ Tedy výsledek řízení o ochranu rušené držby jakékoli *justifikace nevyžaduje*. Jde o samostatné řízení, které na rozdíl od řízení o vydání předběžného opatření *neplní sloužící funkci k řízení petitornímu*. Naopak zajišťovací funkce řízení o vydání předběžného opatření může tuto svou funkci plnit právě i k řízení posesornímu, jakožto své „hlavní věci“. Je proto např. přípustné vydání předběžného opatření před zahájením řízení o ochranu rušené držby, nebo v jeho rámci.²⁹⁶ Ani pozdější rozhodnutí v „řádném“ řízení (petitorním sporu), byť odchýlné od řešení přijatého v posesorním řízení, nebude spojeno se zrušením meritorního usnesení o posesorní žalobě. To ostatně platí i pro nákladové výroky, které rovněž jakékoli revizi v petitorním řízení nepodléhají. Rozhodnutí v petitorním sporu je rozhodnutím o „nalezeném“ právu, které jako takové může v důsledku přetvářet faktický stav nastolený v posesorním řízení. Tím „plná“ ochrana (ve smyslu neomezení se jen na zjištění poslední držby a jejího svémocného rušení²⁹⁷) převáží nad ochranou v tomto smyslu provizorní,²⁹⁸ tj. změnitelnou v řádném procesu o „podkladovém“ právu k držbě.²⁹⁹ Řízení o ochranu rušené držby dále vyžaduje *plný důkaz* (viz § 177 odst. 1 větu druhou OSŘ),³⁰⁰ a to na rozdíl od řízení o vydání předběžného opatření, u něž se plný důkaz předpokládá až v justifikačním řízení ve věci samé. V řízení o ochranu rušené držby tedy netřeba prokazovat ani hmotné subjektivní právo,³⁰¹ ani mu hrozící nebezpečí (ve smyslu chápání pro předběžná opatření). V souladu s terminologií, která je v této práci využívána, nemá tedy meritorní usnesení v řízení o ochranu rušené držby ani charakter předběžnosti, ani charakter mezitímnosti (viz marg. č. 21). O aspektu provizornosti lze hovořit jen co do výsledku řízení o ochranu rušené držby, který je

²⁹⁴ Fasching, H. Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts. 2. vydání. Wien : Manz, 1990, s. 843.

²⁹⁵ Frauenberger, A. Einstweiliger Rechtsschutz bei Besitzstörung. Wien : Manz, 1993, s. 12.

²⁹⁶ To bude dosti praktické v případech § 177 odst. 2 OSŘ uvedeného provádění nebo odstraňování stavby, které může být velmi rychlé oproti zákonným lhůtám (soud rozhodne o žalobě do 30 dnů od zahájení řízení, předvolání k jednání musí být účastníkům doručeno nejméně 3 dny předem).

²⁹⁷ Výjimkou je v Rakousku možnost zkoumat pravost (*Echtheit*) žalobcovy držby, nikoli však titul držby, nebo její řádnost a poctivost (*Redlichkeit, Rechtmäßigkeit*); Fasching, H. Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts. 2. vydání. Wien : Manz, 1990, s. 834.

²⁹⁸ *Petitorium absorbet possessorium*.

²⁹⁹ Kodek, G., Mayr, P. Zivilprozessrecht. Wien : Facultas WUV, 2011, s. 304.

³⁰⁰ Tento požadavek, dobře realizovatelný zásadně jen v rámci důkazního řízení, však naráží na fakt, že české soudy v řízení o žalobě z rušené držby nenařizují jednání.

³⁰¹ V řízení o vydání předběžného opatření by šlo o tzv. zajišťované právo, které je třeba osvědčit.

na podkladě rozhodnutí o hmotném právu „přetvořitelný“ v případném petitorním řízení, které jde za rámec faktických vztahů; prosadí se tedy silnější materiální právo. V tom spočívá odlišnost (resp. posun) od pojetí obecného německého práva, které rozlišovalo tzv. *possessorium summarissimum a possessorium ordinarium*, jakožto *dvě posesorní řízení*, přičemž ve druhém z nich bylo možné přezkoumat rozhodnutí přijaté v předchozím posesorním řízení sumárním. V novodobém zvláštním řízení o ochranu rušené držby jsou naopak *plně a konečným způsobem* zkoumány všechny „posesorní“ otázky.³⁰² S ohledem na to, že držba je v „rakouském“ právním okruhu chápána jako osobitý věcněprávně chráněný statek, vybočuje řízení o ochranu rušené držby z kategorie provizorní ochrany³⁰³, resp. souvislosti tohoto řízení vykazují toliko zvláštní aspekt provizornosti „přetvořitelnosti“ v petitorním řízení. To však pochopitelně neplatí pro předběžná opatření, která jsou vydávána v souvislosti s nároky uplatňovanými z rušené držby, včetně těch uplatňovaných ve zvláštním posesorním řízení.

Příklad:

V řízení o ochranu rušené držby podlehnoucí žalovaný vlastník je oprávněn v petitorním řízení uplatnit např. vydání věci nebo náhradu škody.

14.8 Vzájemné sepsání

Historicky i komparativně představuje zvláštní institut, který byl a je v Rakousku převážně chápán jakožto *zvláštní předběžné opatření*, tzv. Pfand-weise Bechreibung (§ 1101 ABGB ve spojení s dvorním dekretem JGS 1819/1621³⁰⁴). Tento institut neopustil československý právní řád po druhé světové válce a ostatně ani v době platnosti ObčZ 1964 (ustanovení § 672 ObčZ 1964 totiž bylo znovu zakotveno s účinností ode dne 1. 1. 1992). Naopak lze říci, že se i výklad nadále řídil svým rakouským a pozdějším československým poválečným vzorem (§ 229 OSŘ 1950).³⁰⁵ V platném ObčZ již „sepis k zachování zástavního práva“ nenalezneme, když věcně modifikovaný „pozůstatek“ představuje § 2234 ObčZ, který však upravuje toliko zvláštní zadržovací, nikoli již (tzv. fluktuující) zástavní právo. Přesto však přes přechodné ustanovení § 3073 ObčZ dospějeme k závěru, že se dosud nejedná o zcela mrtvý právní institut. Ustanovení § 3073 ObčZ určuje, že „*práva ze zajištění závazku*

54

³⁰² Kodek, G. Die Besitzstörung – Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes. Wien : Manz, 2002, s. 693.

³⁰³ Kodek, E. in Fasching, H., Konecny, A. Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004, s. 1485.

³⁰⁴ Dvorní dekret JGS 1819/1621 (v Rakousku stále v zásadě platný) je citován takto: *Nach dem Hofdekret JGS 1819/1621 (aufrechterhalten durch das 1. BRBG) kann der Bestandgeber verlangen, dass die „Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage in der vermieteten Wohnung oder auf dem verpachteten Grundstück sich befinden, nach eingereichter Klage auf sein Verlangen sogleich gerichtlich beschrieben werden sollen, daher es außer besonderen Bedenklichkeiten hierzu keiner Tagsatzung bedarf“* (cit. podle dokumentu na adrese http://cd.manz.at/rechtaktuell/pdf/Mini_LP.pdf).

³⁰⁵ Srov. rozhodnutí MS v Praze ze dne 14. 4. 1998, sp. zn. 20 Co 62/98 (BA 2/1999 s. 69).

vzniklá přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, byť byla zřízena i jako práva věcná, se posuzují až do svého zániku podle dosavadních právních předpisů“. Jelikož ve smyslu § 672 ObčZ 1964 zástavní právo zanikne, jsou-li věci odstraněny dříve, než byly sepsány soudním vykonavatelem, ledaže by byly odstraněny na úřední příkaz a pronajímatel ohlásí svá práva u soudu do osmi dnů po výkonu, lze mít za to, že do okamžiku takového zániku lze postupovat podle staré úpravy, a to včetně „procesního řešení“, které ovšem nikdy v novodobém českém právu výslovně upraveno nebylo. Vycházelo se nicméně z historické tradice používající ustanovení o předběžných opatřeních.³⁰⁶ Z uvedeného důvodu se předmětným institutem i v této práci stručně zabývám, zvláště když ustanovení § 672 ObčZ 1964 vyvolávalo (vyvolává) odlišný výklad v komentářové literatuře a judikatuře.³⁰⁷

Hmotněprávní úprava historicky vychází z § 1101 ABGB (připomeňme, že v „rakouských zemích“ byl odmítnut účinek předběžného opatření spočívající ve vzniku zástavního práva na předmětech zajištění) a dává pronajímateli *movité* věci k dispozici prostředek, aby došlo k dalšímu *uchování* (zachování) jeho *zákonného* zástavního práva. Toto zákonné zástavní právo má tu zvláštnost, že vzniká, resp. zaniká (fluktuje) současně s tím, jak jsou jednotlivé movité věci vnašeny na pronajátou nemovitost a vynášeny z ní. Zákonné zástavní právo přitom *zajišťuje* nájemné.

Z pohledu procesního tak podle mého názoru zajišťovaným nárokem není pohledávka z nájemného (která je sama zajištěna zástavním právem), ale zástavní právo pronajímatele,³⁰⁸ příp. právo na zachování zástavního práva pronajímatele,³⁰⁹ které jinak odstraněním věci zanikne. Důvod zajištění pak vidím v nebezpečí zániku zástavního práva, podmíněného existencí pohledávky na nájemném, které je spojeno s případy, kdy se nájemce stěhuje, nebo již dochází k odstraňování věcí (v těchto případech lze využít i zadržovacího práva), ale lze jej uplatnit i v jiných případech, resp. lze jej mít za *dané* tam, kde výklad vycházející z výše uvedeného dvorního dekretu JGS 1819/1621 připouští (v Rakousku dodnes), aby dostatečným důvodem byla již „pouhá“ *řádně* podaná žaloba na splatné nájemné. Pokud taková žaloba podána ještě nebyla, pak je třeba tvrdit (osvědčit) zajišťovaný nárok (včetně jej podmiňujícího dlužného nájemného) i zajišťovací důvod (zejm. ohrožení ztrátou zástavního práva). Současně je plně přípustné, aby pohledávka na nájemném byla zajištěna obvyklým předběžným opatřením (neomezeným na sepis).³¹⁰

Lze shrnout, že v rakouské a na ní navazující tradici je *Pfandweise Bechreibung* považováno za předběžné opatření, pro které až na jisté zvláštnosti platí obecná úprava předběžných opatření v EO (OSŘ). Uvedené zvláštnosti – o jejichž přesné charak-

³⁰⁶ Srov. rozhodnutí uvedené v pozn. pod čarou č. 307 a též usnesení KS v Hradci Králové ze dne 18. 8. 2011, sp. zn. 21 Co 391/2011 (dostupné k 28. 4. 2015 na <http://kraken.slv.cz/KSVYCHK21Co391/2011>).

³⁰⁷ Srov. např. usnesení KS v Hradci Králové z 20. 8. 2009, sp. zn. 23 Co 242/2009 (Rc 11/2011).

³⁰⁸ Rummel, P. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 3. vydání. Wien: Manz, 2000, s. 2448.

³⁰⁹ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien: Manz, 2012, s. 276.

³¹⁰ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien: Manz, 2012, s. 277.

teristice panují spory³¹¹ – spočívají v tom, že do jisté míry není třeba tvrdit a osvědčovat zajišťovací důvod (tj. hrozící nebezpečí) a zajišťovaný nárok. Obsah předběžného opatření je omezen pouze na seps movitých věcí v nemovitosti. Pro ČR se z nedostatku procesní „berličky“ vycházelo a zřejmě i nadále bude (byť přechodně) vycházet z historických úprav a obecné úpravy předběžných opatření (dle mého názoru již bez možnosti vydat předběžné opatření bez dalšího, toliko v souvislosti s žalobou na splatné nájemné). Není nezajímavé zmínit, že ono vycházení z historických úprav ostatně platilo pro celé chápání předběžné ochrany i v poválečné době – srov. tehdejší komentáře,³¹² které jdou výkladově daleko za rámec toho času platného zákonného textu po vzoru zákonných textů z dob minulých. Jako nutnost se tomu, pro správný výklad a porozumění, nelze vyhnout dodnes. Konečně, specifická *zvláštního* předběžného opatření (vycházející z dvorního dekretu JGS 1819/1621) daná omezením požadavku osvědčení zajišťovaného nároku nebo důvodu zajištění (nebezpečí) je stále aktuální pro řadu partikulárních úprav, které z určitých důvodů od obecných předpokladů na vydání předběžného opatření upouštějí.

14.9 Poznámka spornosti

Jedním z institutů, o kterém je v zahraničí pravidelně pojednáváno v souvislosti s provizorní ochranou, je *poznámka spornosti* (*lis pendens*). I v našem právním okruhu se jedná o institut s dlouhou historií, když již uváděcí zákon k EO v čl. VIII pamtaval na zachování (další platnost) tehdejších předpisů nejen o *Pfandweise Bechreibung* (viz marg. č. 54), ale i o poznámce spornosti (*Anmerkung des Streites*). I pozdější část rakouské právní vědy o poznámce spornosti hovoří jako o „předběžném opatření“,³¹³ příp. „příbuzném předběžnému opatření“³¹⁴ anebo o srovnatelnosti s předběžnými opatřeními.³¹⁵

55

Obecně řečeno má poznámka spornosti svůj základ ve zvláštní právní úpravě, která současně řeší *účinky* s poznámkou spojené.³¹⁶ Nejčastěji jde o předpisy knihovní či katastrální, avšak též ty týkající se předmětů průmyslového vlastnictví, odporové žaloby atp. Zanesení poznámky spornosti do příslušných registrů či evidencí (veřejných seznamů) obvykle nepředchází řízení v tom smyslu, jak jej známe u předběžných opatření. Poznámky spornosti dosáhne ten, kdo *soudně* uplatňuje (příp. se chystá uplatnit) *věcné* právo a současně doloží, že je zkracován na svých „knihovních“ právech³¹⁷ (řadím sem i případ, kdy z důvodu vydržení má vydržitelovo uplatněné právo

³¹¹ Srov. např. Schwimann, M. (ed.) ABGB Praxiskommentar. Svazek 6. 2. vydání. Wien : Orac, 1997, s. 155 a násl.

³¹² Např. Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 248.

³¹³ Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, marg. č. 32 a násl.

³¹⁴ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 295.

³¹⁵ Kodek, G. (ed.) Grundbuchsrecht Kommentar. Wien : Manz, 2007, § 61 GBG marg. č. 35.

³¹⁶ Srov. např. § 985 větu druhou nebo § 986 odst. 2 a 3 ObčZ.

³¹⁷ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání.

teprve zapsáno). Také poznámka spornosti plní *zajišťující funkci*. Podstatný rozdíl spočívá v tom, že *není třeba tvrdit zajišťovací důvod* (nebezpečí), tak jako je tomu u předběžných opatření.³¹⁸ V zásadě stačí toliko podat *žádost* o provedení poznámky spornosti u příslušného orgánu, a to se současným³¹⁹ nebo alespoň následným³²⁰ doložením uplatnění práva. Účinky poznámky spornosti jsou však dalekosáhlejší, než připouští česká a rakouská právní úprava předběžného opatření. Veškeré *pozdější zápisy* (příp. i některé zápisy dřívější), které jsou s ní *v rozporu*, lze totiž na jejím podkladě *vymazat*, pokud je důvod jejího zápisu před soudem obhájen (justifikován).³²¹

Ve vztahu k předběžným opatřením se poznámka spornosti jeví jako *speciální* opatření. Proto tam, kde je možné dosáhnout zápisu poznámky spornosti, nebude obvykle dán důvod pro vydání předběžného opatření;³²² výjimkou může být nebezpečí, kdy by se určitý zápis dostal z hlediska pořadí (účinků) před poznámku, která by mu tak nemohla účinně předejít.³²³ Naopak není myslitelné, aby obsahem obecného předběžného opatření byla úprava, která by přinášela vznik a účinky poznámky spornosti, které jinak zakládají jen zvláštní zákony. Spornou je i v Rakousku otázka možnosti použití některých ustanovení o předběžném řízení, např. zpřísněné odpovědnosti za škodu;³²⁴ podle mého názoru je v ČR třeba odpovědnost za škodu posuzovat podle obecných předpisů, nikoli podle § 77a OSŘ.

Obdobou poznámky spornosti je *poznámka odpůrcí žaloby* (§ 599 ObčZ, § 20 AnfO: *Anmerkung der Anfechtungsklage*). Má však rozdílný základ, kterým není zkrácení knihovních práv, ale zjednodušené určení neúčinnosti právních jednání, která poškozují věřitele.³²⁵

14.10 Další příbuzné instituty

Z pojednání v historické části plyne, že jedním z důvodů rozvoje práva předběžné ochrany bylo *omezování svémoci*. Zejména prostřednictvím soudní ochrany a ochrany poskytované předběžnými opatřeními byly hranice dovolené svémoci posunuty směrem k jejímu potlačení. Jen ve zcela výjimečných případech je svépomoc dovolena

Wien : Manz, 2012, s. 295.

³¹⁸ Nebezpečí však dovoditelné je zejm. v tom, že by dobrověrně třetí osoby mohly na podkladě zápisu ve veřejném seznamu získat právo, které by působilo i vůči tomu, kdo uplatňuje právo „zajišťované“ poznámkou spornosti.

³¹⁹ Např. § 985 ObčZ.

³²⁰ Např. § 986 ObčZ.

³²¹ Např. podle § 24 odst. 3 KatZ vyhoví-li soud žalobě, o které je zapsána poznámka spornosti zápisu, vymaže katastrální úřad všechny zápisy, vůči nimž poznámka spornosti zápisu působí.

³²² König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 296.

³²³ Kodek, G. (ed.) Grundbuchsrecht Kommentar. Wien : Manz, 2007, s. 505.

³²⁴ Kodek, G. (ed.) Grundbuchsrecht Kommentar. Wien : Manz, 2007, s. 504.

³²⁵ Feil, E., Friedl, H., Bayer, R. GBG Grundbuchgesetz. Kommentar mit Mustersammlung. 1. vydání. Wien : Linde, 2014, s. 568.

v zásadě tam, kde ochrana veřejnou mocí není včas dostupná (viz § 14 ObčZ). I v těchto případech však je cesta k soudní ochraně otevřená a případné nevyužití práva na svépomoc neprekluduje oprávněného v jeho právu obrátit se na soud.³²⁶

V rámci této kapitoly by bylo možné se zabývat i vztahem předběžné ochrany prostřednictvím předběžných opatření k dalším institutům, kterými se zabývám na jiném místě, zejm. vztahem k hmotnému právu, resp. hmotnému právu na zajištění (viz marg. č. 26), vztahem k jiným (civilním, trestním atp.) řízením (viz marg. č. 45), jejich opatřením apod.

15. Předběžná ochrana a rozhodčí řízení

Státní moc obecně umožňuje a následně respektuje platnou dohodu stran o tom, že určitý majetkový (případně jiný) spor mezi nimi bude projednán před rozhodci nebo rozhodčím soudem. Nejinak je tomu v rakouském (§ 577 a násl. öZPO), německém (§ 1025 a násl. dZPO) i českém právním řádu (zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů). Otázkou je, do jaké míry lze či zákon umožňuje na rozhodce „přenést“ kompetence v oblasti předběžné ochrany, případně jaké modifikace pro předběžná řízení budou z rozhodčích smluv v řízeních před soudy či rozhodci plynout. Nepominutelný je přitom „tlak na zrovnoprávnění“ rozhodčího řízení s řízením soudním, který se projevuje např. v modelovém (vzorovém) zákonu UNCITRAL pro mezinárodní rozhodčí řízení, jehož nové znění přijaté 7. 7. 2006 klade důraz právě na problematiku předběžných opatření vydávaných rozhodci.³²⁷ Je proto pravděpodobné, že vývoj v ČR půjde stejným směrem.

56

Český zákonodárce je ve výše uvedeném ohledu nejkonzervativnější v tom smyslu, že vyd

ávání předběžných opatření rozhodci nepředpokládá (srov. § 22 RozŘ). To německý a nově i rakouský zákonodárce³²⁸ vydání předběžných opatření rozhodci předvídají. Nutně se tím však dostávají do situace, kdy je třeba upravit vztah rozhodců a soudů, zajištění ochrany účastníků, konkurenci soudních a rozhodcovských předběžných opatření atp. Stručně se pokusím danou problematiku nastínit a vyzdvihnout její zajímavé aspekty:

- Možnost obrátit se na soud ve věci předběžného opatření není ani po dobu trvání rozhodčího řízení vyloučena, resp. záleží na volbě navrhovatele; jde o kogentní právní úpravu (§ 585 öZPO, § 1033 dZPO). Naopak strany mohou smluvit, že rozhodcům vydávání předběžných opatření příslušet nebude (§ 593 öZPO, § 1041 dZPO); je tedy přípustný tzv. *opt-out*.

³²⁶ Srov. *Vollkommer, M.* in *Zöller, R.* Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2213, marg. č. 5.

³²⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, zejm. čl. 17.

³²⁸ Ten v roce 2006 modernizoval svou právní úpravu předběžných opatření, resp. rozhodčího řízení tím, že do öZPO začlenil nová ustanovení § 585, 593, § 608 odst. 3 öZPO.

- Vzorový zákon UNCITRAL předpokládá, že rozhodci (rozhodčí soudy) budou mít („autonomní“) pravomoc k vydávání předběžných opatření, která je nezávislá na soudech (čl. 9). S ohledem na paletu národních předběžných opatření, resp. způsobů (obsahu) zajištění či úpravy vztahů jejich prostřednictvím, je katalog opatření (která lze předběžným opatřením nařídít) pouze *příkladem*. Tím má být rozhodcům zajištěn *široký* prostor ve volbě vhodných opatření. Směřuje k tomu i terminologické odlišení v rakouské a německé úpravě („*vorläufige oder sichernde Maßnahmen*“), které má naznačit, že rozhodcovská předběžná opatření nepodléhají omezením co do typů předběžných opatření vydávaných soudy (*Typenzwang*), resp. že neexistuje *numerus clausus* možných opatření (způsobů zajištění, resp. úpravy). Tedy lze vydat i taková, která rakouský (obdobně německý³²⁹) právní řád jinak nezná,³³⁰ příp. podle mého nezná jako předběžná opatření. Současně však např. rakouský zákonodárce řeší situaci, kdy by mělo být v Rakousku vykonáno rozhodcovské předběžné opatření, které je rakouskému právnímu řádu neznámé. Řešení spočívá v modifikaci (*Umdeutung*) příkazu, aby byl možný exekuční výkon, nebo i nepřípustnosti výkonu.³³¹

Z pohledu českého práva by pak jako rozhodcovská předběžná opatření, která by jako předběžná opatření za současného stavu právní úpravy český soud nevydal, byla myslitelná např. taková, která by určitá jednání prohlašovala za předběžně oprávněná nebo by zajišťovala vedení řízení, včetně zajištění předmětu důkazního prostředku.³³²

- Rozhodci mají mít možnost předběžné opatření nejen vydat, ale také modifikovat, zrušit či sistovat (čl. 17 D) anebo žádat po účastníkovi složení jistoty.
- Podle rakouského práva je před vydáním opatření *nutné* slyšet druhou stranu (§ 593 odst. 1 öZPO). To je odklon jak od vzorového zákona UNCITRAL, který tzv. *ex parte opatření* připouští, i od rakouského práva „soudních“ předběžných opatření, ve kterém bude slyšení druhé strany před vydáním rozhodnutí leckdy přípustné.
- Vycházejí z úpravy čl. 17 odst. 2 vzorového zákona UNCITRAL lze *rozhodcovská* předběžná opatření vydávat pouze ve vztahu ke stranám rozhodčího řízení (nikoli *třetí* osobám); důvodem je smluvní základ rozhodcovské pravomoci.³³³ Z toho *König* vyvozuje i zákaz tzv. *Drittverbote*, tj. soudní obstrukce dle EO,³³⁴ která směř-

³²⁹ Vedle předběžných opatření a arestu mohou být nařízena i německému právnímu řádu neznámá opatření [*Happ, R. in Kleveman, D. (ed.) Anwalts-Handbuch Einstweiliger Rechtsschutz*. 2. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2013, s. 158].

³³⁰ *Hausmanninger, C. in Fasching, H., Konecny, A. Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004, s. 410.

³³¹ Srov. § 593 odst. 4 bod 4 öZPO a též § 1041 odst. 2 dZPO.

³³² Srov. *Hausmanninger, C. in Fasching, H., Konecny, A. Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004, s. 411.

³³³ *Hausmanninger, C. in Fasching, H., Konecny, A. Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004, s. 402.

³³⁴ *König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis*. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 269.

řuje příkazy vůči třetím osobám (dlužníkům odpůrce); v ČR by šlo obdobně o § 76 odst. 2 OSŘ.³³⁵

- *Výkon* předběžných rozhodcovských opatření náleží státním soudům. Pokud dochází k „pouhému“ vykonávání, pak však není „zprostředkování“ státním soudem třeba. Rakouský öZPO upravuje případy, kdy lze výkon odepřít, což představuje rovněž určitou kontrolu nad rozhodci. Jedním z nich je nekonformnost s dříve navrženým nebo vydaným soudním opatřením (§ 593 odst. 4 bod 3 öZPO).
- Zatímco německá právní úprava umožňuje, aby o případném nároku na náhradu škody bylo rozhodnuto v běžícím rozhodčím řízení (§ 1041 dZPO), rakouský zákonodárce přenechal rozhodování o náhradě škody soudům (§ 593 odst. 5 öZPO, § 494 EO).

Vztah soudu a rozhodců ve věcech předběžných opatření český zákonodárce definuje v § 22 RozŘ tak, že „*ukáže-li se v průběhu rozhodčího řízení nebo i před jeho zahájením, že by mohl být ohrožen výkon rozhodčího nálezu, může soud na návrh kterékoli strany nařídit předběžné opatření*“. To je z hlediska důvodu vydání předběžného opatření již na první pohled značně zužující koncepce oproti té výše představené, která naopak dává rozhodcům značnou volnost. Např. § 1041 dZPO hovoří o vydání *potřebných* opatření s ohledem na předmět sporu³³⁶ anebo vzorový zákon UNCITRAL vypočítává jen *příkladný* katalog opatření.

Za kruciální považuji otázku, zdali je možné, aby český soud v průběhu nebo před zahájením rozhodčího řízení vydal *předběžné opatření zatímní* (tj. upravil poměry účastníků). Není výjimkou, že soudy tuto možnost vzhledem k zákonnému znění odmítají³³⁷ a shodné názory zastává i komentářová literatura k RozŘ.³³⁸ Uvedené názory neobstojí, neboť nezohledňují historický aspekt a důvody existence zatímních opatření, která byla vytvořena v první řadě pro ochranu účastníků před hrozícím násilím nebo hrozící nenahraditelnou škodou.³³⁹ V uvedených případech by navíc z ústavněprávního hlediska bylo odnětí uvedených případů soudní pravomoci, a tím rezignace na efektivní ochranu práv protiústavní. Správný je proto názor, že soud

57

³³⁵ Tj. v případě, kdyby rozhodci měli pravomoc vydávat předběžná opatření (což nemají), nebylo by při věrné transpozici vzorového zákona UNCITRAL rozhodcovským předběžným opatřením možné uložit povinnost někomu *jinému než účastníkovi*.

³³⁶ *Massnahmen, die in Bezug auf en Streitgegenstand für erforderlich hält.*

³³⁷ Srov. usnesení VS v Praze ze dne 28. 2. 2014, sp. zn. 4 Cmo 306/2013: „*I strany rozhodčí smlouvy jsou oprávněny k podání návrhu na nařízení předběžného opatření, avšak za podmínek stanovených v § 22 RozŘ, tzn. že toto oprávnění je zúženo pouze na případ, kdy by mohl být ohrožen výkon rozhodčího nálezu. Z uvedeného je nutno dovodit, že RozŘ neumožňuje nařídit mezi stranami, které uzavřely rozhodčí smlouvu, předběžné opatření za účelem zatímní úpravy poměrů mezi stranami smlouvy dle § 74 odst. 1 OSŘ*“ (citováno podle Krampera, J., Huml, O. Předběžné opatření v rozhodčím řízení. EPRAVO.CZ, 22. 4. 2014, dostupné na <http://www.epravo.cz>, navštíveno dne 8. 8. 2015).

³³⁸ Bělohávek uvedené odůvodňuje tím, že § 22 RozŘ má být *lex specialis* k § 74 odst. 1 OSŘ, vylučujícím jiné důvody vydání předběžného opatření (Bělohávek, A. J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 816), Lisse, L. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha : Linde, 2012, s. 456 využívá argument *a contrario*.

³³⁹ Srov. § 381 odst. 2 EO, ze kterého vychází i dnešní skutková podstata zatímního opatření.

nařídí ve věcech, o nichž probíhá nebo podle rozhodčí smlouvy má proběhnout řízení před rozhodci (rozhodčím soudem), předběžné opatření i tehdy, vyžaduje-li to potřeba zatímni úpravy poměrů účastníků.³⁴⁰

16. Procesní zvláštnosti zajišťovacího řízení (zejm. způsoby zrychlení využívané v zajišťovacím řízení)

Přestože to není na první pohled dobře patrné, má předběžná ochrana, obdobně jako „klasický“ civilní proces, dva „stupně“, a to fázi „nalézací“ a fázi „vykonávací“. Předběžná ochrana vykazuje oproti ochraně poskytované v takovém „klasickém“ postupu řízení,³⁴¹ tj. zejm. v obvyklém nalézacím řízení, ale též v řízení vykonávacím, tj. v porovnání s oběma fázemi podstatné odlišnosti, podmíněné právě její funkcí (viz marg. č. 11). V následujícím textu se uvedeným odlišnostem budu na obecné úrovni věnovat.

58

Procesní zvláštnosti zajišťovacího řízení (řízení o vydání předběžného opatření) pramení z funkce provizorní ochrany, která, aby odstranila nevýhodu časového nákladu spojeného s hlavním řízením, musí být především *rychlá*. Rychlá ochrana je však oproti obvyklému nalézacímu řízení podstatně náchylnější k nesprávnostem, je tedy *rizikovější co do možných nesprávných rozhodnutí*. Svědčí-li rychlost jistě a rizikovost též spíše navrhovatelí, je zde nutná potřeba tyto aspekty procesně vyvážit ve prospěch odpůrce. Právní úpravy proto oproti zbráním navrhovatele upravují brzdy (*protiváhy*) ve prospěch odpůrce. Tyto brzdy mají své místo jak v „nalézací“, tak vykonávacím fázi“ zajišťovacího řízení. Provedení *procesního vyvážení* je v první řadě záležitostí zákonodárce, který je však limitován ústavněprávními požadavky (zejm. požadavkem na soudní ochranu, která přísluší oběma stranám sporu, včetně její efektivity, požadavkem rovnosti zbrání, požadavkem „spravedlivosti procesu“, požadavkem přiměřenosti a respektu k lidským právům).

Příklad:

Poznání, že rychlé právo může být nesprávné právo, velí zostřit odpovědnost toho, kdo takové rychlé ochrany žádá. Protivahou rychlé ochrany je tedy stanovení zpřísněné odpovědnosti navrhovatele a s ní související povinnost složit jistotu.

Platí-li v zajišťovacím řízení „osvědčovací“ zásada, pak je v souladu s požadavkem rovnosti zbrání, aby platila pro obě procesní strany. Požadavek soudu, aby tam, kde žalobce osvědčuje, žalovaný musel opak prokazovat, by s uvedeným byla v rozporu.

³⁴⁰ Shodný závěr zaujímá (s odkazem na subsidiaritu OSŘ upravenou v § 30 RozŘ) Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 424.

³⁴¹ Tím nemá být řečeno, že vykonávací řízení nutně musí navazovat na řízení nalézací (pochopitelně může dojít k dobrovolnému splnění, takže nutnost zahájit exekuční řízení odpadne, nebo naopak je vykonávací řízení zahájeno bez předchozího soudního rozhodnutí – srov. Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 5. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 39 a násled.).

Zajišťovací řízení lze ze své podstaty a uzpůsobení především označit za *řízení zrychlené*. Níže proto budu zkoumat *způsoby zrychlení* využívané v zajišťovacích řízeních. Jako jejich určitý protipól či „vyvážení“ budu následně zkoumat *protiváhy* rizik spojených se zrychleným řízením.

Katalog *způsobů, jakými lze dosáhnout zrychlení* zajišťovacího řízení oproti řízení hlavnímu, je jistě otevřený. *Obecně* lze vysledovat tyto způsoby, jak účelu zajišťovacího řízení dosáhnout:

16.1 Rozšíření soudní příslušnosti

Ke zrychlení řízení povede ve věcech předběžné ochrany využívané *rozšíření soudní příslušnosti*. Vedle soudu, který by byl příslušný ve věci samé a který je již z této pozice příslušný též v zajišťovacím řízení, je dávana navrhovateli ku prospěchu též místní příslušnost daná na výběr, nebo založena další věcná soudní příslušnost.

Příklad:

Historickým příkladem je příslušnost soudu k vydání arestu tam, kde se dlužník nachází, byť by to bylo mimo jeho bydliště.

dZPO dává možnost zajistit předměty odpůrce nejen soudem ve věci samé, ale také okresním soudem, v jehož obvodu se nalézájí (§ 919 dZPO).

OSŘ ani ZŘS uvedené možnosti nevyužívá.

16.2 Zvláštní obsazení soudu

Potřebě rozhodovat s maximálním urychlením by se mohlo přičít kolektivní (kolegiální) rozhodování spojené s nutností kolektivní orgán (senát) svolat. Proto se využívá *zvláštní obsazení soudu*, podle které je k vydání předběžného opatření oprávněn předsedající, příp. jiná soudní osoba.

Příklad:

OSŘ stanoví, že před zahájením řízení může i v senátních věcech nařídit předběžné opatření předseda senátu (§ 74 odst. 1 OSŘ), po jeho zahájení tak předseda senátu může učinit, jen je-li tu nebezpečí z prodlení; jinak je nařídí senát (§ 102 odst. 3 OSŘ). Obdobně srov. např. § 944 dZPO.

16.3 Časová priorita

Rozhodování jednotlivých soudních „kauz“ se časově zásadně řídí podle pořadí nápadu. Účinné předběžné ochrany však zachování tohoto principu nedovoluje. Vyřízení návrhů na vydání předběžných opatření tedy požívá *časové priority*. Srov. marg. č. 138.

16.4 Ústní jednání (?)

Jednu z nejpodstatnějších odchylek na rozdíl od obvyklého nalézacího řízení představují úpravy předběžného řízení směřující k omezení předpokladů nebo úplného vyloučení nařízení *ústního jednání*, které je jinak pravidelnou součástí nalézacího řízení (srov. např. § 115 a násl. OSŘ, § 128 odst. 1 dZPO). Již doba potřebná k přípravě jednání je obvykle příliš dlouhá ve vztahu k předejití ohrožení, kterým čelí předběžná ochrana (srov. např. § 114 až 114c, § 115 odst. 2 OSŘ). Má-li se pak jednání konat, umožňují právní předpisy zkrácení lhůty na přípravu s tím, že limitem je požadavek, aby odpůrce vůbec měl možnost se na jednání připravit.³⁴² Vyloučení jednání je sice prudkým zásahem do zásady ústnosti jednání, zásady projednací a civilnímu procesu imanentnímu „právo být slyšen“, avšak i takový postup je v případech *naléhavosti*³⁴³ nejen myslitelný, ale dokonce nutný. Zvláště pak tam, kdy jedním z účelů je odpůrce překvapit.³⁴⁴ Vyloučení jednání a jeho důvody je jistě třeba poměřovat i s ústavně zaručeným požadavkem na „fair trial“,³⁴⁵ kterému je právo být slyšen rovněž imanentní (v tomto smyslu srov. „příkré“ ustanovení § 75c odst. 3 OSŘ). Legitimní jsou proto veškeré úvahy nad tím, jak odpůrci právo být slyšen *alespoň* alternativně zaručit, není-li tím funkce předběžné ochrany ohrožena, byť by „vyslyšení“ proběhlo cestou písemnou či jiným komunikačním prostředkem.³⁴⁶ Německá praxe připustila tzv. *Schutzschrift*, jakožto preventivní prostředek obrany, kterým se odpůrce, který předpokládá možné podání návrhu na vydání předběžného opatření, takovému návrhu předem aktivně brání vznesením svých námitek.³⁴⁷ Heinze považuje *Schutzschrift* za důsledek zákona odporující soudní praxe, která bez dostatečných důvodů upouštěla od ústních jednání a právě toho si vědoma, *Schutzschrift* jako prostředek *preter legem*, k němuž je třeba přihlížet, připustila („černé svědomí“ soudní praxi jiný postup nedovolilo). Dogmaticky se však *Schutzschrift* podle Heinzeho vymyká zákonem předví-

59

³⁴² Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 721.

³⁴³ Tam, kde časová ztráta spojená s jednáním nebo varování odpůrce je v rozporu s efektivní ochranou v předběžném řízení.

³⁴⁴ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 856.

³⁴⁵ K požadavkům vyplývajícím z čl. 6 EÚLP viz marg. č. 69.

³⁴⁶ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 188 a 195. Dále srov. § 75c odst. 3 OSŘ, který „pouhé“ slyšení účastníků vylučuje.

³⁴⁷ Blíže např. Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 857.

danému průběhu řízení, zakládajícím se zejm. na již existujícím procesním vztahu, takže by se k němu přihlížet nemělo,³⁴⁸ jak řečeno, německá soudní praxe šla jiným směrem.

Bylo již naznačeno, že z pohledu ústavního práva dochází ke kolizi dvou principů, a to práva být slyšen (ústně jednat) a práva na efektivní právní ochranu. Lze souhlasit s názorem, že pokud by slyšení odpůrce v důsledku znamenalo hrozbu, že by soudní ochrana přišla pozdě, je vyloučení *předchozího* slyšení (jednání) výjimečně přípustné. První výše uvedená zásada musí ustoupit té druhé. Bude tomu tak zejm. v případech, kdy má dojít k překvapení odpůrce.³⁴⁹ To, že takový postup (vyloučení práva být slyšen) vyvolává nutnost *dodatečně efektivní* nápravy, je³⁵⁰ nábledni. K této problematice srov. dále marg. č. 69.

16.5 Vytknutí vad návrhu

Otázka vyloučení soudního jednání se staví i v některých případech, kdy rozhodnutí směřuje k odmítnutí nebo zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření. S jistým zjednodušením (avšak v souladu s praxí českých soudů) lze říci, že pokud je návrh „nedostatečný“ nebo nedůvodný, soud jej „od stolu“ odmítne či zamítne (tj. bez jednání a bez jakékoli výzvy navrhovateli k nápravě³⁵¹). Jiné řešení – teoretické, resp. uplatňované ve srovnávaných jurisdikcích – spočívá v tom, že soud vyzve k napravení odstranitelných nedostatků nebo např. nařídí jednání k možnému doplnění důkazů (osvědčení). Ve všech uvedených postupech lze *dle povahy případu* spatřovat prvky urychlení vyřízení věci.

60

V Rakousku se i v rámci předběžných opatření prosadila výzva k „vylepšení“ jak formálních, tak obsahových vad návrhu (§ 84 odst. 3 öZPO, § 54 odst. 3 EO).

Dle mého názoru by soud *de lege ferenda* měl postupovat především tak, aby nepoškodil zájmy navrhovatele, které mají být v předběžném řízení chráněny. To může znamenat urychlení jak ve smyslu stručného poukazu na nutné doplnění náležitosti návrhu (např. jednoduché doplnění namísto „nucení“ k zahájení nového řízení), tak odmítnutí návrhu „od stolu“, čímž navrhovatel není vyloučen z podání návrhu nového. Je otázkou efektivní ochrany práv, jaký postup volit, a to v závislosti na vyličených okolnostech konkrétního případu, zejm. s ohledem na povahu hrozby, která má být odvrácena, včetně zohlednění následků plynutí času nebo důsledků „vyrozumění“ odpůrce o probíhajícím řízení. K řešení těchto problémů je tedy třeba *de lege ferenda* přistupovat diferencovaně (podle okolností případu).

³⁴⁸ Srov. Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 858.

³⁴⁹ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 191.

³⁵⁰ Na obecné teoretické úrovni, nikoli však dostatečně v české soudní praxi.

³⁵¹ Srov. § 75a a § 75c odst. 2 a 3 OSŘ.

16.6 Osvědčování

Významný, ba charakterizující prvek předběžného řízení, který slouží právě jeho urychlení, je představován „zásadou osvědčení“. Obecně jde o otázku usnadnění (ulehčení) soudního přezkoumání skutkových okolností, příp. jejich právního posouzení, které se do určité míry nemá dít tak důkladně jako ve věci hlavní. Ve vztahu k předmětu a intenzitě uvedeného soudního zkoumání však půjde o poměrně obtížnou otázku, na kterou panují různé názory.

61

Zkraje je možno se zabývat otázkou zkoumání *konkluzivnosti* návrhu,³⁵² pro který se v německy hovořících oblastech používá termín *Schlüssigkeit*. Jde o to, zda návrhem uplatněné právo, resp. následek (petitorní požadavek) *vyplývá ze skutečností uvede-
ných žalobcem*. Pravdivost skutkového přednesu se přitom (při zkoumání konkluziv-
nosti návrhu) předpokládá, tedy jde o zjištění, zdali *samotná* skutková tvrzení žalobce
věcně odůvodňují to, čeho se domáhá; to bez ohledu na případné sporování ze strany
odpůrce.³⁵³ Již k této otázce existuje pluralita názorů. Podle některých nelze
z požadavku na zkoumání konkluzivnosti návrhu, včetně konkluzivnosti vyličení
„zajišťovaného nároku“, nikterak slevovat; hlavním odůvodněním je pak to, že suma-
rizované právní zkoumání není přípustné ani v právně obtížných případech (kdy by to
vyžadovalo složitější zkoumání prvních otázek), neboť osvědčovací zásada se vztahu-
je jen na skutkové okolnosti.³⁵⁴ Jiní rozlišují zajišťující opatření, u kterých má
v případě složitých právních otázek stačit sumární zkoumání konkluzivnosti, a zatímni
opatření, u kterých je z důvodu hlubšího zásahu do sféry odpůrce třeba vždy pečlivěj-
šího zkoumání, odpovídajícímu tomu ve věci samé.³⁵⁵ Konečně je zde skupina autorů,
která vychází z toho, že pokud je to odůvodněno potřebou zvláštního urychlení, je
omezené zkoumání konkluzivnosti přípustné; rozsah omezení se bude odvíjet zejm.
od míry hloubky zásahu do právní sféry odpůrce.³⁵⁶ Je patrné, že zvažovány jsou
zejm. aspekty rychlosti, odstranění rizika nesprávnosti rozhodnutí, míry zásahu do
sféry odpůrce. Mám za to, že právní hodnocení ve smyslu konkluzivnosti vyličení
skutečností odůvodňujících zajišťovaný nárok nelze „zjednodušovat“ (první názorová
skupina). Jednak platí, že soud zná právo, a tedy právní posouzení by nemělo výrazně-
ji řízení prodlužovat. Současně je ochrana poskytována právu, kterému předběžná
ochrana slouží, přičemž přesvědčení soudu o existenci takového práva by nemělo být
mezerovité, což by mimo jiné výrazně stupňovalo možnou nesprávnost rychlého
rozhodnutí. Konečně předmětem zjednodušení (osvědčení) jsou skutkové okolnosti,

62

³⁵² Srov. Hrnčířík, V. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 594.

³⁵³ Srov. Greger, R. in Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 832.

³⁵⁴ Např. Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 709; Piehler, K. Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht. Frankfurt : Metzner, 1980, s. 30 a násl.; Vogt, S. Einstweiliger Rechtsschutz und Vorläufige Vollstreckbarkeit. Berlin : Duncker und Humblot, 1991, s. 83 a násl.

³⁵⁵ Např. Baur, F., Stürmer, R. Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, und Vergleichsrecht: Band I Einzelvollstrec-
kungsrecht. 13. vydání. Heidelberg : C. F. Müller, 2014, marg. č. 921.

³⁵⁶ Např. Leipold, D. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971, s. 94 a násl.;
Finkelnburg, K., Jank, K. Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren. 3. vydání. München :
C. H. Beck, 1986, marg. č. 309.

nikoli jejich právní hodnocení. Právní hodnocení předpokládá konkluzivnost vylíčení zajišťovaného nároku, neboť z té lze vyvodit, jaké skutečnosti bude třeba osvědčit.³⁵⁷ V oblasti prověřování konkluzivnosti zajišťovaného nároku tedy oproti řízení ve věci samé rozdílu není.³⁵⁸

Tím se dostáváme k vlastnímu předmětu, ke kterému se osvědčování upíná a kterým jsou právě *skutkové okolnosti*. Ani tento okruh však není bez problému např. již proto, že český zákonodárce v § 75c odst. 1 OSŘ ve vztahu k některým okolnostem (skutečnostem) vyžaduje osvědčení, ve vztahu k jiným „prokázání“. Německý zákonodárce požaduje, aby důvod zajištění a zajišťovaný nárok, resp. skutečnosti je zakládající (naplňující), byly osvědčeny (§ 920 odst. 2 dZPO). Nelze-li „plně“ osvědčit, lze tento nedostatek nahradit složením jistoty (§ 921 odst. 2 dZPO). *Zjednodušení*, resp. odlišnost zde obecně spočívá ve vztahu k pravidlům, která upravují dokazování (§ 120 a násl. OSŘ), a to zejm. z důvodu časové tísně, které zrychlené řízení provádí.

63

Plné dokazování prostřednictvím výsledku svědků, znalců atp. jde podstatně na vrub rychlosti řízení již tím, že je potřeba zajistit jejich přítomnost. Proto se připouští „náhradní“ důkazní prostředky, které by v hlavním řízení byly chápány např. jako *porušení zásady přímosti* (bezprostřednosti). Těmi mohou být místopřisežná prohlášení (§ 294 odst. dZPO), čestná nebo jiná písemná prohlášení svědků či účastníků (v anglosaském právu známý institut *afadavit*), ujištění advokáta,³⁵⁹ soukromé posudky atp. Tím tedy dochází k *zjednodušení* (připuštěním využití *širšího* okruhu důkazních prostředků), avšak jen relativnímu, neboť je vykoupeno nutností tyto důkazní prostředky soudu „prakticky ihned předložit“ (*parátní důkazy*).³⁶⁰

Zejména je však osvědčování spojeno se *snížením stupně* požadovaného důkazu (přip. soudcovského přesvědčení), tedy zjednodušeně stačí méně, aby byl „důkaz“ určité skutečnosti úspěšný, aby tedy bylo možné ve vztahu k rozhodným skutečnostem mluvit o prokázaném, resp. osvědčeném. V Německu je to stručně vysvětlováno tak, že zatímco plný důkaz vyžaduje plné *přesvědčení soudce o pravdivosti* skutečnosti, která má být dokázána (což neznamena vyloučení veškerých možných pochybností, nýbrž takovou pravděpodobnost, která pochybnosti umlčuje³⁶¹), zatímco ohledně skutečnosti, která má být osvědčena, postačí *přesvědčení soudce o převažující pravděpodobnosti* takové skutečnosti, tedy v podstatě má více mluvit ve prospěch než v neprospěch pravdivosti takové skutečnosti (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*).³⁶² Přes jisté výhody je začasť používána *formulka*, podle které důkazem je pravděpo-

³⁵⁷ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 709.

³⁵⁸ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 213.

³⁵⁹ Např. Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 711.

³⁶⁰ To plyne přímo z § 294 odst. 2 dZPO a § 274 věty druhé dZPO.

³⁶¹ Jinými slovy lze říci, že jde o stupeň pravděpodobnosti, který vylučuje rozumné pochybnosti.

³⁶² Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 215.

dobnost hraničící s jistotou, osvědčením pak pouhá převažující pravděpodobnost.³⁶³

Lze mít za to, že osvědčování je *zvláštním druhem dokazování*, vyznačující se volnější formou provádění důkazů a nižším stupněm soudcovského přesvědčení.³⁶⁴

Příklad:

Namísto výslechu svědka se soud spokojí se svědkovým písemným prohlášením.

Soud se namísto praktické jistoty ohledně přenechání předmětu půjčky spokojí s převažující pravděpodobností, že k přenechání došlo.

Výše bylo řečeno, že předmětem osvědčení jsou skutkové okolnosti. Je otázkou, jaké skutkové okolnosti v rámci předběžného řízení připadají v úvahu, a tedy *jaké* skutkové okolnosti je třeba osvědčit. Především jsou to obecně řečeno ty, ze kterých je vyvozován zajišťovaný nárok, a dále ty, které zakládají důvod zajištění. Problematickejší otázkou však je, jestli jsou to i ty skutečnosti, ze kterých plyne splnění procesních podmínek a příp. dalších procesních předpokladů, jako např. nebezpečí z prodlení (viz § 102 odst. 3 OSŘ), které opravňuje rozhodnout o návrhu namísto senátu jeho předsedu (srov. obdobně § 937 odst. 2 nebo § 942 odst. 1 dZPO). Procesní podmínky (v § 103 OSŘ označované jako podmínky řízení) zkoumá soud hned po začátku řízení a kdykoli v jeho průběhu; to platí i pro zajišťovací řízení. Tím však, podobně jako např. při zkoumání předpokladů jiných procesních úkonů soudu, ještě není řečeno, v jaké míře má být naplněno soudcovo přesvědčení jejich splnění. To zákon výslovně neřeší – viz § 75c odst. 1 OSŘ, který říká, které skutečnosti se dokazují a které osvědčují, avšak skutečnosti podstatné pro zkoumání splnění procesních podmínek pod ně nelze zařadit. Jisté však je, že jejich pouhé tvrzení nestačí. Po řešení obdobné situace volá úprava v dZPO, která požadavek osvědčení výslovně vztahuje jen na zajišťované právo a zajišťovací důvod (srov. § 920 odst. 2 dZPO). Z hlediska zachování funkce předběžné ochrany, které mimo jiné odporuje jakkoli dlouhé dokazování (zjišťování) a která připouští riziko chybnosti rozhodnutí, vyvěrající z možnosti nekonání jednání a nevyžadování plného důkazu, plyne, že rovněž skutečnosti zakládající *podmínky řízení* postačí osvědčit. Opak, tj. vyžadování plného důkazu jinak již osvědčených skutečností potřebných pro posouzení podmínek řízení, by znamenal zpronevěření se efektivní (rychlé) ochraně práva v zajišťovacím řízení i nedocenění zákonodárcem vědomě připuštěného rizika možné chybovosti rozhodnutí.³⁶⁵ Je-li uvedené riziko připuštěno co do samotné důvodnosti návrhu, lze o to spíše považovat za přípustné co do „připustnosti“ vydání rozhodnutí.

³⁶³ Baumbach, A., Lauterbach, W., Albers, J., Hartmann, P. Zivilprozessordnung. 68. vydání. München : C. H. Beck, 2010, § 286 marg. č. 16 a § 294 marg. č. 1.

³⁶⁴ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 709.

³⁶⁵ Obdobně Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 222.

Příklad:

Přestože má soud pochybnosti o své místní příslušnosti (tj. takovou, kterou nelze spolehlivě umlčet), přistoupí k vydání rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření tam, kde shledá alespoň převažující pravděpodobnost závěru o své příslušnosti.

Jsou zde ovšem i *zásady dokazování* platné pro obvyklé nalézací řízení, které se bez zvláštností uplatní i v řízení o vydání předběžného opatření. Mezi ně patří jak případy, kdy určité *skutečnosti není třeba dokazovat* (např. skutečnosti obecně známé, skutečnosti známé soudy z jeho činnosti), tak případy *ulehčení dokazování* (např. právní domněnky). I v zajišťovacím řízení se může stát, že určitá skutečnost bude nesporná (k postupu soudu viz § 120 odst. 3 OSŘ). Dále sem spadá *hodnocení důkazů*, které je pouze modifikováno tím, že stupeň přesvědčení soudce je snížen v důsledku osvědčování. Volně tedy soud hodnotí i důkazy, které by v řízení ve věci samé jen stěží připustil, např. písemné vyjádření účastníka nebo svědka namísto jejich výslechu. Rovněž *rozložení břemene tvrzení a osvědčení* je obdobou toho, co platí v řízení ve věci samé. Platí tedy často citovaná poučka, podle které důkazní břemeno ohledně určitých skutečností leží na tom účastníku řízení, který z existence těchto skutečností vyvozuje pro sebe příznivé právní důsledky; jde o toho účastníka, který existenci těchto skutečností také tvrdí.³⁶⁶ Pokud je však řízení vedeno zcela „jednostranně“, tj. do doby slyšení odpůrce, lze uvažovat a v praxi soud bude zvažovat okolnosti, které začasť nutně vyplynou ze samotných žalobcových tvrzení nebo jím předkládaných důkazů a které by mohly svědčit ve prospěch odpůrce. V těchto případech není scestný požadavek, aby žalobce „utvrdil“ svůj požadavek osvědčením skutečností, které stojí proti obraně a námitce odpůrce, která se stala zřejmou; v tomto smyslu se mluví o *omezeném posunutí břemene osvědčení*.³⁶⁷

Samo *nedostatečné osvědčení* může být podle některých právních řádů *kompensováno* tím, že je ze strany navrhovatele složena jistota (§ 921 odst. 2 a § 936 dZPO, § 390 EO). Tato ustanovení, zamýšlená pro případy, kdy některý prostředek osvědčení závčas nelze obstarat, však mají omezený dopad (a jsou vykládána restriktivně). Tím, že směřují ke snížení stupně přesvědčení pod bod osvědčení, narážejí nutně na „bod“, kdy soudce o určité skutečnosti přesvědčen není, což však jistotou kompenzovat nelze.³⁶⁸

S ohledem na předcházející právní úpravu podle EO lze uvést, že pokud k návrhu na vydání předběžného opatření nebyla „přiložena všechna potřebná osvědčení“ (§ 389 EO), mohl se soud (byť výjimečně) *spokojit s (plauzibilními) tvrzeními* určitých skutečností.³⁶⁹ Ovšem i osvědčení potřebných skutečností se dělo (v Rakousku děje)

³⁶⁶ Tak např. v rozsudku NS ze dne 27. 3. 2013, sp. zn. 30 Cdo 3631/2011.

³⁶⁷ Thümmel, R. in *Wieczorek, B., Schütze, R. Zivilprozessordnung*. 3. vydání. Berlin : Walter de Gruyter, 1995, s. 60 (§ 921, marg. č. 16); *Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz*. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1678.

³⁶⁸ Srov. *Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Tübingen : Mohr, 1993, s. 228 a násl.

³⁶⁹ Tak již v *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*. 1. a 2. svazek. C. a k. Ministerstvo spravedlnosti. Wien : Manz, 1897; dále srov. *König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*.

v zásadě až *k žádosti soudu (auf Verlangen des Gerichtes)*, přičemž však praktický postup v zájmu navrhovatele velí taková osvědčení, zejm. přiložením listin, učinit spolu s návrhem. V české praxi „nepředstavitelné“ konání – též jednostranného – soudního roku za účelem osvědčovacího (důkazního) řízení, pokud jde o okamžitě dostupné prostředky osvědčení, představuje podle mého názoru nesprávný odklon od původních představ, na kterých je vybudováno rakouské předběžné řízení.³⁷⁰

Osvědčování se v souvislosti s OSŘ blíže věnuji pod marg. č. 135.

16.7 Přerušení řízení, odročení jednání

Vzhledem k tomu, že české řízení o vydání předběžného opatření je vázáno krátkými zákonnými lhůtami, ve kterých je třeba rozhodnout (viz § 75c odst. 2 OSŘ), a jednání, resp. ani pouhé slyšení odpůrce se nepředpokládá (viz § 75c odst. 3 OSŘ), jen těžko se řeší otázky, resp. se prakticky neřeší otázky, do jaké míry se v rámci předběžného řízení uplatní některá ustanovení platná v řízení o věci samé, jako např. možnost odročení jednání, možnost přerušení řízení atp. Není však bez zajímavosti uvést, jak jsou takové situace posuzovány tam, kde tyto otázky třeba řešit je. Tak možnost *odročení jednání* se zásadně nepřipouští, koná se jen jedno jednání, při kterém je dokazování nahrazeno osvědčováním, tudíž odročování (z nejpodstatnějšího důvodu, tj. za účelem dokazování) odpadá.³⁷¹ Jen ve velmi omezené míře se připouští *přerušování řízení* nutné, fakultativní je z důvodu neslučitelnosti se zrychlením řízení vylouče-
no.³⁷²

16.8 Zjednodušení vyhotovování rozhodnutí

Urychlení řízení je obecně možné dosáhnout i zjednodušením práce soudu v oblasti *vyhotovování rozhodnutí*. Známou možností, komparativně viděno, je v tomto směru možnost upuštění od odůvodnění nebo jeho redukce, které se výjimečně připouštějí i u rozsudku (srov. § 313a a 131b dZPO, § 157 odst. 3 a 4 OSŘ). Z hlediska nutnosti urychlení (ulehčení práce) hrají svou roli i související ustanovení o vykonatelnosti rozhodnutí, neboť rychlost vykonání předběžného opatření (tj. druhý „stupeň“ předběžné ochrany) je součástí efektivnosti předběžné ochrany jako celku. Podle OSŘ usnesení, kterým bylo nařízeno předběžné opatření, je vykonatelné vyhlášením,

65

Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 174.

³⁷⁰ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 193.

³⁷¹ Seiler, C. in Thomas, H., Putzo, H. Zivilprozessordnung. 34. vydání. München : C. H. Beck, 2013, s. 1251 (§ 922, marg. č. 2).

³⁷² Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1630. Zvláště pokud by šlo o důvod popisovaný v českém právu v § 109 OSŘ tak, že probíhá řízení, v němž je řešena otázka, která může mít význam pro rozhodnutí soudu, nebo jestliže soud dal k takovému řízení podnět.

a nedošlo-li k vyhlášení, je vykonatelné, jakmile bylo doručeno tomu, komu ukládá povinnost. V prvním případě, v ČR však nepříliš praktickém,³⁷³ avšak smysluplném tam, kde se předpokládá rozhodnutí na základě jednání, je z důvodu okamžité vykonatelnosti na zformulování písemného vyhotovení v zásadě čas, neboť rychlé vykonávání rozhodnutí tím není haceno. Jinak tomu je v případě, kdy vykonatelnost předpokládá doručení (resp. výkon písemné vyhotovení). Zde se nabízí zrychlení tím, že od odůvodnění rozhodnutí bude upuštěno. K tomu však není žádný důvod, jestliže je rozhodnutí pro navrhovatele zamítavé. V tomto případě je pro něj naopak podstatné, aby se o důvodech svého neúspěchu dozvěděl, což má význam i pro odvolací instanci, která bude provádět případný přezkum takového rozhodnutí.

Pokud rozhodnutí naopak vyzní ve prospěch navrhovatele, je otázka nutnosti takové rozhodnutí odůvodňovat obecně v Německu a ČR značně sporná.³⁷⁴ Konkrétní odpověď se však dle mého názoru bez posouzení související úpravy neobejde. Bude totiž rozdíl tam, kde odpůrci přísluší „relativně široké“ možnosti obrany, dané např. možností opravného prostředku směřujícímu k soudu prvního stupně (*Widerspruch*) s možností „získání odůvodnění“ po novém projednání věci a s možností následného podání odvolání, oproti případu, kdy v úvahu přichází v zásadě jen omezené³⁷⁵ odvolání. Dalším „silným“ argumentem je nahrazení odůvodnění tím, že je odpůrci doručen návrh na zahájení řízení, jehož konkluzivnost a osvědčenost musel mít soud v případě vyhovujícího rozhodnutí za dané. Zodpovězení uvedené otázky však současně nabývá na ústavněprávním významu. Právo na efektivní, rychlou ochranu stojí v protikladu k právu být slyšen, ve hře je rovnost zbraní. Na úrovni ústavního práva je férovost procesu posuzována jako celek, některé nesprávnosti se již *ex post* pro výsledek nejeví tak určující. V tom by však postup obecného soudu měl být jiný. V odpůrci méně nakloněném právním řádu bude spíše namísto postup, který zvolí neodůvodnění rozhodnutí jen tam, kdo pro to mluví závažné důvody (např. naprostá neodkladnost) nebo skutečná nadbytečnost (natolik jasný návrh, že k němu není v rámci daného času „naprosto co dodat“ nejen ze strany soudu, ale i presumovaně z pozice nutnosti vysvětlení protistraně). Bezpochyby lze mít za to, že zásah do práv odpůrce „nějaké“ odůvodnění vyžaduje, tedy lze mít za to, že slevy z požadavku odůvodňování jsou namísto jen tam, kde je pro to v konkrétním případě důležitý důvod. Mám proto obecně za to, že v právním státě je odůvodnění naprostým pravidlem, jeho absence výjimkou, a to přes případné „znění“ některých ustanovení jednoduchého

³⁷³ Ústní jednání se totiž nekoná, a tak aplikace přichází v úvahu zřejmě jen v nečastém případě vyhlášení rozhodnutí „na místě“.

³⁷⁴ Srov. např. *Vollkommer, M.* in *Zöller, R.* Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2154; *Nägele, S.* Muß der einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung anordnende Beschluß begründet werden? *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, s. 1045; *Lippold, R.* Nochmals: Begründungspflicht für Arrest oder einstweilige Verfügung anordnende Beschlüsse. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, s. 1110; *Schöte, M., Lührig, T.* Prozessuale Besonderheiten der Einstweiligen Verfügung Präklusion, Schriftsatzfrist und Prüfungsumfang des Berufungsgerichts. *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2008, s. 1281; nález ÚS ze dne 15. 1. 2009, sp. zn. IV. ÚS 1554/08; *Říha, M.* Povinnost soudu odůvodnit rozhodnutí o nařízení předběžného opatření. *Právní rozhledy*, 2010, č. 11, s. 402–407. Dále srov. marg. č. 141.

³⁷⁵ Srov. § 75c odst. 4 OSŘ.

práva.³⁷⁶

Je-li problematika odůvodňování vydaných předběžných opatření v ČR a Německu ve smyslu slevování z požadavků na odůvodnění živě diskutována, pak v Rakousku pochybnosti o povinnosti (nutnosti) rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření odůvodnit nepanují.³⁷⁷ To jen potvrzuje životaschopnost pravidla, ke kterému se výše přikláním. K platné úpravě dále srov. marg. č. 141.

16.9 Doručování návrhu a rozhodnutí

Rychlá předběžná ochrana je nejednou nemyslitelná bez překvapujícího efektu vůči odpůrci. Efekt překvapení je zákonodárcem nejen předvídan, ale jeho zachování i chráněno. Český zákonodárce v § 76g OSŘ předvídá, že byl-li návrh na nařízení předběžného opatření zamítnut nebo odmítnut nebo bylo-li řízení o návrhu zastaveno, doručuje se usnesení jen navrhovateli (obdobně např. § 922 odst. 3 dZPO). Stejnopis usnesení je třeba odeslat navrhovateli, popřípadě jeho zástupci ve lhůtě 3 dnů ode dne vyhlášení nebo vydání usnesení. I v tom je třeba spatřovat prvek urychlení. Navrhovatel má být pokud možno ještě ponechán prostor na zvážení nejen důvodů zamítnutého (odmítavého a zastavujícího) rozhodnutí, ale zejm. pro využití jiného prostředku nebo způsobu ochrany, příp. též pro „vylepšení“ a podání nového návrhu (k možnosti opakovaných návrhů srov. marg. č. 75). Na druhou stranu platnost uvedeného ustanovení není absolutní (doslovná), takže pokud došlo k „obeznámění“ odpůrce s probíhajícím řízením, nabízí se názor, že doručení zamítavého rozhodnutí odpůrci již nic nestojí v cestě.³⁷⁸ S tím souhlasím tam, kde byla odpůrci dána možnost se písemně vyjádřit, zejm. vznikly-li mu už též s řízením spojené náklady, resp. v případech, kdy o překvapení již skutečně nemůže být řeč. Jistou výjimku bych nevylučoval pro případ, kdy by doručení z určitého důvodu varovalo odpůrce v širším rozsahu, než se jen dosud částečně stalo, neboť bude záležet na důvodu zamítnutí a nelze vyloučit, že prostor pro překvapení odpůrce zůstane např. i po jeho neformálním slyšení zachován,³⁷⁹ z rozhodnutí soudu bude eventuální „nová cesta“ seznatelná a právě doručení rozhodnutí by šlo za rámec dosavadního „varování“. To se však při nejužším výkladu a aplikaci § 75c odst. 3 OSŘ teoreticky nemůže stát, avšak ani zde není vyloučeno, že odpůrce o řízení ví a dokonce do něj aktivně svými vyjádřeními zasahuje.³⁸⁰

66

³⁷⁶ Srov. § 169 odst. 2 OSŘ.

³⁷⁷ Srov. *Kodek, G.* in *Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A.* Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : Lexis-Nexis ARD ORAC, 2009, § 391, s. 61 (zdůrazňuje nutnost uvést zejm. osvědčený skutkový stav, hodnocení důkazů a právní posouzení).

³⁷⁸ *Heinze, M.* in *Lücke, G., Wax, P.* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 719; *Stein, F., Jonas, M.* Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 72; *Damm, R.* in *Wassermann, R.* Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung. München : Luchterhand, 1987, s. 2174.

³⁷⁹ Srov. výše k rozhodnutí ESLP *Micallef*.

³⁸⁰ Důkazem takové možnosti je německý *Schutzschrift*, který právě „tušící“ odpůrci soudu preventivně zasílají.

V některých případech jsou pro doručování stanovena zvláštní pravidla, např. podle § 458 ZŘS se předběžné opatření doručuje účastníkům až při provedení jeho výkonu, obdobně je tomu v zahraničí u příkazu k zatčení (vazbě) (např. *Haftbeschluss* podle § 395 EO).

16.10 Zjednodušení v odvolacím řízení

I odvolací řízení má v rámci předběžného řízení smysl jen tam, poskytuje-li oproti řízení ve věci samé zrychlenou ochranu. To navíc platí i co do ochrany odpůrce, kterému mohla být rychle (a tedy s rizikem větší chybovosti) prvoinstančně nařízena určitá povinnost, na jejímž odstranění má imanentní zájem. Proto se charakteristiky, které urychlují řízení v prvním stupni, zásadně přenášejí i do odvolacího řízení. To se musí nutně týkat i požadavku na pokud možno bezodkladné rozhodnutí, který ve věcech předběžných opatření odůvodňuje prioritní rozhodování, použití osvědčovací zásady atd. Z hlediska možných rozhodnutí odvolacího soudu je v rámci předběžného řízení, tzn. zejm. s ohledem na nutnost rychlého rozhodování v Německu dovozováno, že vrácení věci soudu prvního stupně k novému rozhodnutí je vyloučeno.³⁸¹ V tom je česká soudní praxe, s ohledem na chybějící zvláštní opravný prostředek typu odporu a snahu zohlednit ústavněprávní premisy, značně rozkolísaná.³⁸² Snaha zachovat odpůrci opravný prostředek (odvolání) vede odvolací soudy k rušícím usnesením, spojeným se závazným právním názorem směřujícím k vydání předběžného opatření (§ 226 OSŘ); zde však lze prakticky postavit rovnítko s vlastním rozhodnutím. Pro vlastní rozhodnutí naopak mluví zásada urychlení, neboť vrácení k novému rozhodnutí znamená vždy časovou ztrátu. Tím se opětovně dostáváme na úroveň posuzování z perspektiv ústavního práva, neboť platná česká právní úprava v OSŘ řešení nenabízí (viz zrušený § 220 odst. 3 OSŘ), a je tak třeba vycházet z judikatury. ÚS vydání „prvního“ předběžného opatření odvolacím soudem spíše nepřipouští.³⁸³

Moment překvapení by neměl zůstat dotčený ani v odvolacím řízení, pokud pro nekonání jednání a neslyšení odpůrce nadále trvají důvody a návrhu nebylo v první instanci vyhověno. Proto procesní úpravy vytvářejí prostor, neboť v odvolacím (stížnostním) řízení lze rozhodnout bez jednání [srov. § 214 odst. 2 písm. c) OSŘ, § 567 dZPO] a i zde platí to, co bylo řečeno o možném neslyšení odpůrce, jakož i o jeho nevyrozměnění doručením rovněž zamítavého rozhodnutí odvolací instance. I zde je však otázkou procesní nastavení (uzpůsobení) řízení v tom kterém právním řádu. V Německu totiž

67

³⁸¹ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 722; Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 256; Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 84. Srov. též Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1631, marg. č. 49.

³⁸² Srov. usnesení NS ze dne 26. 9. 2013, sp. zn. 23 Cdo 251/2012.

³⁸³ Srov. nálezy ÚS ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 16/09, a dále „opačně vyznívající“ usnesení NS ze dne 26. 9. 2013, sp. zn. 23 Cdo 251/2012 (Re 17/2014).

odpůrci může být lhostejné, který soud předběžné opatření nařídil, neboť mu vždy zůstává zachován základní opravný prostředek, kterým je odpor (*Widerspruch*).³⁸⁴ V ČR je naopak ztráta instance zjevná, proto se musejí alespoň hledat náhradní, „nesitelná“ procesní řešení (viz marg. č. 71).

17. Předběžná opatření a přístup k nejvyšším civilním soudům

Bylo by možné se spokojit s konstatováním, že podle § 238 odst. 1 písm. g) OSŘ není dovolání (podle § 237 OSŘ) k NS přípustné proti usnesením, kterými bylo rozhodnuto o předběžném opatření. V Německu je vyloučení přístupu k BGH ve věcech arestu a předběžných opatření zakotveno v § 542 odst. dZPO; výluka je odůvodněna provizorním charakterem a prozatímním významem řízení.³⁸⁵

68

V Rakousku je naopak tzv. *Revisionsrekurs* k OGH za podmínky splnění hranice hodnoty sporu a současně existence právní otázky „závažného významu“ přípustný (§ 402 EO, § 528 öZPO). Výjimku představují případy, kdy došlo „shodně“ k dvouinstančnímu zamítnutí nebo odmítnutí návrhu na předběžné opatření, avšak *jen tehdy*, pokud v průběhu takového instančního postupu nebyl odpůrce slyšen.³⁸⁶ Rozhodnutí, kterými bylo rozhodnuto o návrhu na vydání předběžného opatření, o odporu anebo o zrušení (omezení) předběžného opatření, jsou navíc přípustná i tam, kde není diformita mezi rozhodnutím první a druhé instance.³⁸⁷ Rakouská úprava tedy zajišťuje pravidelné přezkoumávání významných rozhodnutí v předběžném řízení ze strany OGH. Nespornou výhodou uvedené rakouské úpravy je *sjednocování judikatury*, včetně její veřejné dostupnosti.

De lege ferenda by v ČR otevření dovolacího přezkumu (tak jak k němu došlo např. v otázkách nákladů řízení), byť omezeného např. na nikoli „bagatelní“ spory, přineslo bezesporu obdobný kýžený efekt sjednocování soudní praxe, která na poli předběžných opatření leckdy „tápe“, což pro řadu účastníků bohužel až v *extrémních* případech musel a musí napravovat ÚS.

18. Předběžné řízení (opatření) a čl. 6 EÚLP

Čl. 6 odst. 1 EÚLP zejm. stanoví, že „každý má právo na to, aby jeho záležitost byla *spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích*“

69

³⁸⁴ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 248.

³⁸⁵ Rozhodnutí BGH ze dne 10. 10. 2002, sp. zn. VII ZB 11/02, NJW 03, 69.

³⁸⁶ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 217.

³⁸⁷ § 402 odst. 1 věta druhá EO omezuje dosah § 528 odst. 2 bod 2 öZPO.

nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu“.

Čl. 6 představuje zcela esenciální ustanovení, jehož požadavky *závazně* prozařují jako parametry spravedlivého procesu do právních řádů signatářských států, přičemž právě pod prizmatem čl. 6 EÚLP je posuzováno zachování spravedlivého procesu i v občanskoprávních řízeních. Klade se otázka, zdali i *předběžná* řízení čl. 6 EÚLP podléhají, a tedy čl. 6 EÚLP je na ně aplikovatelný. Otázka je nanejvýše závažná, neboť její kladné zodpovězení znamená *zásadní* aplikovatelnost požadavků spravedlivého procesu na *předběžná* řízení a současně nutnost odklon od těchto požadavků vždy jako *výjimku ze zásady odůvodnit*.

ESLP po dlouhou dobu aplikaci čl. 6 EÚLP na *předběžná* řízení odmítal s tím, že v jejich případě v zásadě *není rozhodováno o občanských právech a závazcích*.³⁸⁸ Výše jsem dospěl k závěru, že předmět řízení o vydání *předběžného* opatření je odlišný od předmětu ve věci hlavní; potud tedy nebyl uvedený přístup ESLP zcela bez základu. Ovšem současně jsem výše dospěl k dalšímu závěru, a to o nutnosti tzv. regulujících *předběžných* opatření, která budou pravidelně znamenat (být v rámci prozatímní a *předběžné* ochrany) alespoň částečné uspokojení navrhovatelova zajišťovaného práva, a to navíc leckdy na nikoli nepodstatnou dobu. V některých výjimečných případech dokonce ani nebude zcela obnovitelný předchozí stav, aniž by to znamenalo nepřipustnost takového opatření. Jelikož taková *předběžná* opatření jsou v jednotlivých členských státech Rady Evropy – novodobě z důvodu efektivní právní ochrany – dobře známá a uznávaná, musel i ESLP naznat, že provizorní opatření musejí podléhat zárukám spravedlivého procesu, zvláště pokud jde o *právo být slyšen*.³⁸⁹ ESLP otevřeně odůvodnil odklon od své dosavadní judikatury v rozsudku velkého senátu ze dne 15. 10. 2009 ve věci *Micallef proti Maltě* (stížnost č. 17056/06).³⁹⁰ ESLP uvedl, že se v mezitímních a hlavních řízeních mnohdy rozhoduje o stejných „občanských právech a závazcích“ a že vyvolávají stejné dlouhotrvající nebo trvalé účinky. Na tomto podkladě ESLP již nepovažuje za ospravedlnitelné charakterizovat automaticky řízení o *předběžných* opatřeních jako řízení, v nichž *není* rozhodováno o občanských právech a závazcích.

Z výše uvedeného plyne, že garance spravedlivého procesu ve smyslu čl. 6 EÚLP se zásadně uplatní i na *předběžná* řízení, pokud jsou jejich předmětem tzv. „*civil rights*“. *Předběžná* ochrana je obsahovou součástí práva na spravedlivý proces a bez ní není *efektivní* ochrana práva myslitelná. Proto mají účastníci i *nárok vůči státu*, aby jim

³⁸⁸ Např. rozhodnutí ze dne 16. 1. 2003 ve věci *Verlagsgruppe News GmbH proti Rakousku* (stížnost č. 62763/00) a tam v bodu 2 citovaná prejudikatura. Výjimkou pak bylo rozhodnutí ze dne 23. 10. 2001 ve věci *Markass Car Hire Ltd v. Cyprus*, stížnost č. 51591/99 (*an exception is to be made to the principle that Article 6 will not apply when the character of the interim decision exceptionally requires otherwise because the measure requested was drastic, disposed of the main action to a considerable degree, and unless reversed on appeal would have affected the legal rights of the parties for a substantial period of time*).

³⁸⁹ To i s ohledem na širokou shodu mezi členskými státy Rady Evropy, které – implicitně či explicitně – zakotvují (uznávají) aplikovatelnost záruk čl. 6 EÚLP na *předběžná* opatření, a podobný přístup ESD.

³⁹⁰ Některé části rozhodnutí byly, spolu s komentářem J. Kmece, zveřejněny v Soudních rozhledech, 2009, č. 12, s. 483 a násl. Existence úředního překladu uvedeného rozhodnutí do českého jazyka se však z dostupných pramenů, zejm. stránek ESLP a Ministerstva spravedlnosti, nepodává.

tuto efektivní ochranu jejich práv garantoval. Jelikož taková ochrana není a nemůže být jednostranná, musí dojít k naplnění *efektivní* ochrany práv (zejm. ve smyslu práva být slyšen a procesní rovnosti zbraní) i ve prospěch odpůrce. ESLP pěkně formuluje, že účelem EÚLP je garantovat nikoli práva teoretická nebo iluzorní, ale práva, která jsou praktická a efektivní (*convention is designed to „guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective“*).

ESLP nepochybuje a vlastně ani *nezpochybňuje* fakticitu, že rozhodnutí o předběžném opatření *často na podstatnou dobu, a ve výjimečných případech natrvalo* představují *rovnocenné* rozhodnutí, jako je to o meritu žaloby. Z toho vyplývá, že se v předběžných a hlavních řízeních *mnohdy* rozhoduje o stejných „občanských právech a závazcích“ a že rozhodnutí vyvolávají stejné dlouhotrvající nebo trvalé účinky (bod 79 rozhodnutí *Micallef*). Na tomto podkladě ESLP již nepovažuje za ospravedlnitelné charakterizovat *automaticky* řízení o vydání předběžných opatření jako řízení, v nichž není rozhodováno o občanských právech a závazcích. Stejně tak si je ESLP vědom, že pochybení v předběžných řízeních nelze vždy napravit v pozdější fázi, konkrétně v řízeních o meritu věci podléhajících čl. 6 EÚLP, jelikož jakákoli v mezidobí utrpená *újm*a se může následně stát *nezvratnou* (íreverzibilní), s malou reálnou nadějí na nápravu způsobené škody, snad s výjimkou možnosti finančního odškodnění.

ESLP proto zaujímá nový přístup k předběžným opatřením (rozhodnutím). Čl. 6 EÚLP je na předběžná opatření (řízení) *aplikovatelný* tam, kde jsou splněny tyto předpoklady:

Zprv právo, o kterém se v hlavním a předběžném řízení jedná, by mělo být „občanské“ v autonomním významu tohoto pojmu uvedeného v čl. 6 EÚLP.

Zadruhé je třeba posoudit povahu předběžného opatření, jeho předmět a účel, stejně jako jeho účinky (dopad) na předmětné právo. Pokud lze mít za to, že předběžné opatření *účinně* rozhoduje o předmětném občanském právu nebo závazku, *nehledě na délku doby jeho účinnosti, bude čl. 6 EÚLP aplikovatelný*.

Z pohledu ESLP je pak akceptovatelné, že standardy spravedlivého procesu mohou doznat v předběžném řízení jisté *modifikace*, kterým ESLP dává tento rámec přípustnosti: ESLP připouští, že ve *výjimečných* případech, např. pokud efektivita navrhovaného opatření závisí na rychlém rozhodnutí, není možné *okamžitě* naplnit veškeré požadavky čl. 6 EÚLP. V těchto specifických případech (s výjimkou požadavku na nezávislost a nestrannost soudu a soudce) lze ostatní procesní záruky použít pouze v rozsahu, který je slučitelný s povahou a účelem daného předběžného řízení. Bude třeba prokázat, že s ohledem na účel předběžného řízení v dané *konkrétní* věci jednu nebo více specifických procesních záruk nebylo lze okamžitě dodržet bez toho, aniž by tím byl *zmařeno* (*unduly prejudicing*) dosažení účelu předběžného opatření (řízení) v dané věci.

Z výše uvedeného dovozují, že aplikovatelnost čl. 6 EÚLP je v očích ESLP dána vždy tam, kdy jde o *zatímní* předběžná opatření (tak jak je definují v této práci)

s výjimkou těch, která používají ryze zajišťovací opatření (k těm viz níže).³⁹¹ To potvrzuje samotné rozhodnutí *Micallef*, které se týkalo zdržení se věšení prádla. Tam, kde půjde o ryze zajišťovací opatření, což je typické pro *zajišťovací* předběžná opatření, nebude čl. 6 EÚLP bez dalšího aplikovatelný – bude třeba zkoumat povahu předběžného opatření, jeho předmět a účel, stejně jako jeho účinky (dopad) na předmětné právo.³⁹²

Za zcela zásadní považují zjištění a zároveň požadavek ESLP v bodu 86 rozhodnutí *Micallef*, podle kterého zejm. *procesně* jen ve *výjimečných* případech nemusí být v předběžném řízení *okamžitě* naplněny veškeré požadavky čl. 6 EÚLP. Výjimečný postup je třeba vždy, tedy i v případech předběžného opatření vydávaného *ex parte*, odůvodnit. Uvedené současně znamená, že tyto požadavky *musejí být naplněny alespoň následně*, jakmile je to jen možné. Mezi tyto požadavky lze přitom řadit – tak jak je obsahově vymezuje ESLP³⁹³ – zejména právo být slyšen,³⁹⁴ právo na veřejné soudní jednání³⁹⁵ a právo na rovnost zbraní.

Z komparativního, historického i ústavněprávního (včetně čl. 6 EÚLP) pohledu se krajně problematickým (resp. neústavním) jeví, že v předběžných řízeních podle OSŘ, resp. v soudní praxi z OSŘ vycházející, se jednak *nekoná ústní jednání* a jednak *není naplněna zásada rovnosti zbraní*, když bez obhajitelné příčiny není přítomen potřebný zvláštní opravný prostředek ku prospěchu odpůrce, a to za současného *okleštění odpůrcových práv být plně slyšen* v odvolacím řízení (srov. zejm. § 75c odst. 4 OSŘ).

Problém české právní úpravy a praxe vedení řízení o vydání předběžného opatření ve

70

71

³⁹¹ Srov. rozhodnutí ESLP ze dne 12. 1. 2012 ve věci *Pekárny a cukrárny Klatovy, a. s., proti České republice* (stížnosti č. 12266/07, 40059/07, 36038/09 a 47155/09): Ve všech případech, kdy lze mít za to, že předběžným opatřením bylo *fakticky* rozhodnuto o předmětném občanském právu nebo závazku, bez ohledu na délku jeho trvání, je čl. 6 EÚLP použitelný.

³⁹² ESLP použil čl. 6 EÚLP i na řízení považované za předběžné, přestože nesouviselo s žádným hlavním řízením, neboť výsledek tohoto předběžného řízení byl rozhodující pro občanská práva (*Udorovic proti Itálii*, rozsudek ze dne 18. 5. 2010, č. 38532/02, § 37), a na předběžné řízení, kterým nebylo prozatímne rozhodnuto o předmětu hlavního řízení, avšak které mělo „přímý dopad na předmětné občanské právo“ (*Kübler proti Německu*, rozsudek ze dne 13. 1. 2011, č. 32715/06, § 48). Výraz „předmětné právo“ v rozsudku *Micallef* tedy nutně *neznamená*, že by předběžným opatřením muselo být rozhodnuto o *tomtéž právu, které je předmětem hlavního řízení* (citováno dle *Pekárny a cukrárny Klatovy, a. s., proti České republice* bodu 65). Naopak odlišnou byla věc *Štokalo a ostatní proti Chorvatsku* (rozhodnutí ze dne 3. 5. 2011, č. 22632/07) a *Imobilije Marketing d. o. o. a Ivan Debelić proti Chorvatsku* (rozhodnutí ze dne 3. 5. 2011, č. 23060/07), ve kterých nebyl čl. 6 EÚLP použitelný z toho důvodu, že předběžná opatření měla pouze *ochrannou povahu*, když jejich účelem bylo zabezpečit budoucí uspokojení nároku věřitele, ale sama nevedla k úplnému ani částečnému uspokojení tohoto nároku (citováno dle *Pekárny a cukrárny Klatovy, a. s., proti České republice* bodu 69).

³⁹³ K tomu srov. *Kmec, J., Kosař, D., Kratochvíl, J., Bobek, M.* Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 566–837.

³⁹⁴ Které ve srovnávaných právních řádech bezproblémově zajišťuje tzv. odpor.

³⁹⁵ *Účastník řízení má dle ESLP za normálních okolností právo být veřejně slyšen před jednou soudní instancí.* Srov. *Weber proti Švýcarsku*, rozsudek, 22. 5. 1990, č. 11034/84, § 39. ESLP připustil, že v řízeních, v nichž jsou řešeny pouze otázky právní a vysoce technické povahy, mohou být požadavky čl. 6 EÚLP naplněny i v případě absence veřejného jednání. Uvedl také, že ústní jednání nemusí být potřeba v těch případech, kde existuje shoda ohledně skutkových okolností a kde se soud nemusí zabývat zvlášť složitými právními otázkami (srov. *Kmec, J., Kosař, D., Kratochvíl, J., Bobek, M.* Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 689).

světle výše uvedených požadavků čl. 6 EÚLP (avšak nejenom nich!) spočívá zejména v těchto ohledech:

- Česká soudní praxe vůbec *nepřipouští*, aby byl odpůrce v předběžném řízení slyšen před vydáním rozhodnutí. To není samo o sobě zcela nepřipustné, avšak ve světle čl. 6 EÚLP je třeba takový postup v každém jednotlivém případě na podkladě jeho individuálních okolností *odůvodnit* (viz výše a rozhodnutí *Micallef*). Ustanovení § 75c odst. 3 OSŘ je ve světle rozhodnutí *Micallef* třeba vykládat, jde-li o *civil rights*, jako výjimku (byl-li by účel předběžného opatření zmařen), nikoli jako pravidlo.
- Česká soudní praxe s odkazem na § 75c odst. 3 (ve smyslu neslyšení odpůrce) a § 75c odst. 4 OSŘ (ve smyslu *nepřipustnosti jakýchkoli novot*) *brání odpůrci, aby mohl efektivně a rovnocenně brojit proti rozhodnutí*, které se posléze stává pravomocné (již dříve je vykonatelné), *čímž zakládá nepřipustnou nerovnost zbrání*.
- Česká soudní praxe *nejednotným* výkladem § 75c odst. 4 ve spojení s § 77 odst. 2 OSŘ nenapravuje znevýhodnění plynoucí z předchozího bodu (naopak mj. čeká na potvrzení usnesení o nařízení předběžného opatření odvolací instancí³⁹⁶) a odpůrce zásadně omezuje na tzv. „změněné skutečnosti“, čímž ani následně nenapravuje absenci včasného a plného uplatnění práv odpůrce v řízení o nařízení předběžného opatření.³⁹⁷ Dostatečnost kompenzace odpůrce za dosavadní jednostrannost řízení až v uvedeném následném řízení podle § 77 odst. 2 OSŘ je přitom sama o sobě pochybná.³⁹⁸ Z tohoto a předchozího bodu vysvítá deficit právní úpravy spočívající v tom, že *chybí zvláštní opravný prostředek, kterým je v Německu a Rakousku odpor*. Jeho prostřednictvím je odpůrce schopen do řízení v plném rozsahu vnášet novoty (minimálně nastalé do okamžiku vyhlášení, resp. vydání předběžného opatření) a je jím plně nahrazeno (kompenzováno) před vydáním předběžného opatření případně absentující právo odpůrce být slyšen.
- České soudy prakticky bez výjimky postupují striktně podle § 75c odst. 3 (ve smyslu nekonání jednání) a § 214 odst. 2 písm. c) OSŘ (ve smyslu, že jednání nařizovat netřeba). Tím se česká praxe, zejm. v kombinaci s výše uvedenými body, dostává do rozporu s požadavkem veřejného, resp. *ústního soudního jednání*. Je pravdou, že požadavek *ústního soudního jednání* není z pohledu ESLP bezvýjimečný³⁹⁹ (ovšem česká praxe jej vylučuje zcela). I zde je však třeba historicko-komparativně upozornit na deficit právní úpravy spočívající v tom, že *k ústnímu jednání dochází v Německu a Rakousku vždy, je-li podán odpor*.

³⁹⁶ Praxi potvrzuje např. i *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 532.

³⁹⁷ Rozhodnutí ÚS ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 16/09. Srov. pozn. pod čarou č. 384, 848 a 849.

³⁹⁸ Podle § 77 odst. 2 OSŘ je rozhodováno s účinky *ex nunc*. Případná snaha konstruovat zrušení pravomocného předběžného opatření *ex tunc* je jen důsledkem prvotní chybovosti, která spočívá v nemožnosti odpůrce, včas (účinně) tvrdit a osvědčit jemu prospěšné skutečnosti.

³⁹⁹ ESLP tak např. připustil, že *systematické* konání veřejného ústního jednání v řízeních o návrhu na vydání předběžného opatření by mohlo být na překážku žádoucí rychlosti rozhodnutí o takovém návrhu [viz *Udorovic*, § 49].

Podle mého názoru jde o tak podstatný deficit v právní úpravě, že lze hovořit o její neústavnosti. Náprava této situace je jen obtížně možná cestou podstatné změny praxe a interpretace (chápání) uvedených ustanovení, tj. výkladem *contra lege skripta*. Ten by se mohl objevit v judikátu vrcholného českého soudu, který by znamenal „změnu pravidel hry“. Jelikož však k takové změně dlouhodobě nedochází, situace volá spíše po zásahu zákonodárce nebo ÚS.

K mému návrhu řešení výše předestřené problematiky srov. marg. č. 100 (zrušení předběžného opatření z důvodu změny okolností včetně vazby na odvolání a odpor). V uvedeném bodu rovněž upozorňuji na některá rozhodnutí a názory, které se snaží „prolomit zakletí paragrafů“ citovaných výše. Podstatná je však realita, kdy se v uvedeném zakletí paragrafů a nejednotnosti judikatury dlouhodobě „ztrácejí“ soudy prvního a druhého stupně, na kterých efektivní ochrana práv účastníků především spočívá.

19. Ústavněprávní relevance právní úpravy předběžných opatření

Odpověď na otázku, zda a do jaké míry je právní ochrana poskytovaná předběžnými opatřeními ústavněprávně chráněnou (zaručenou) hodnotou, se postupně vyvíjela.

72

V Německu je předběžná ochrana v současnosti – tj. ve světle ústavního práva – chápána jako výron povinnosti státu garantovat efektivní právní ochranu.⁴⁰⁰ Zajištění účinné právní ochrany i v rámci soukromoprávních sporů lze vyvodit z principu právního státu, přičemž o účinné ochraně lze mluvit jen tam, kde je poskytnuta rychle a včas.⁴⁰¹ Na druhou stranu má odpůrce právo být slyšen; proto pokud jsou připuštěna rozhodnutí vydaná bez slyšení odpůrce, musí být právo být slyšen poskytnuto následně.⁴⁰²

Česká právní úprava ústavního soudnictví je orientována na německý (nikoli rakouský) model, zejm. co do zásadní přímé možnosti jednotlivců obracet se prostřednictvím ústavních stížností na ÚS. Bezesporu již dávno došlo k překonání rozhodnutí ÚS,⁴⁰³ ve kterém ÚS dovozoval, že rozhodnutí o předběžném opatření nemůže být pokládáno

⁴⁰⁰ BVerfGE, NJW 95, 2477.

⁴⁰¹ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 47.

⁴⁰² BVerfGE, NJW 2004, 2443.

⁴⁰³ Např. usnesení ÚS ze dne 21. 10. 1998, sp. zn. III. ÚS 119/98: „Pokud jde o povahu předběžného opatření (§ 74 OSŘ), které může vydat před zahájením řízení předseda senátu tehdy, jestliže to vyžaduje povaha věci nebo je-li obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen, je nepochybné, že nejde o rozhodnutí ve věci samé, ale že se jedná o rozhodnutí zatímni povahy, které bude v průběhu řízení nebo po jeho skončení změněno či zrušeno. Proto se nejedná o rozhodnutí podle § 72 odst. 2 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů, tedy o rozhodnutí, proti kterému by již nebylo možno použít dalších prostředků podle zákona. Za takovýto prostředek v uvažovaném smyslu je totiž třeba pokládat projednání věci samé a rozhodnutí. Proto také rozhodnutí o předběžném opatření nemůže být pokládáno za rozhodnutí, proti kterému by byla ústavní stížnost přípustná.“

za rozhodnutí, proti kterému by byla ústavní stížnost přípustná. Naopak ÚS v dnešní době dovozuje nejen to, že ústavní stížnost proti vydání předběžného opatření je zásadně přípustná, ale konstatuje, že „na vydání předběžného opatření jsou kladeny požadavky plynoucí z ústavního práva na soudní ochranu, neboť předběžné opatření je způsobilé zasáhnout do ústavně zaručených práv nebo svobod“.⁴⁰⁴ Důvodem pro kasační zásah ÚS je také kvalifikované (flagrantní⁴⁰⁵) porušení zásad spravedlivého procesu. Tím nemá být zamlčeno, že ÚS i v rámci rozhodnutí o ústavních stížnostech vzešlých z předběžných řízení zdůrazňuje svou ústavněprávní roli. V rámci té nejde o přezkum „běžné“ zákonnosti, a tedy hodnocení, zda jsou v daném případě splněny podmínky pro vydání či „změnu“ vydaného předběžného opatření; uvedené je především věcí obecných soudů.⁴⁰⁶

Na základě výše uvedeného nemůže být pochyb o tom, že předběžné opatření je *způsobilé* zasáhnout do ústavně zaručených práv nebo svobod.⁴⁰⁷ To podle mého názoru platí i obráceně tehdy, znamená-li nevydání předběžného opatření – neposkytnutím *účinné a včasné* právní ochrany – zásah do ústavně zaručených práv nebo svobod.

Ze závěru, že poskytování předběžné ochrany prostřednictvím předběžných opatření má zásadně ústavněprávní rozměr, plyne povinnost soudu i zákonodárce ústavněprávní kautely respektovat. Tam, kde by se v zákoně objevovaly „mezery“, musejí být ústavněkonformně vyplněny.⁴⁰⁸

20. Předběžná opatření a litispendence

Z pojednání o předmětu řízení o vydání předběžného opatření je zřejmé, že překážka litispendence ve vztahu mezi předběžným řízením a *řízením ve věci samé* nenastává, a to právě v důsledku odlišnosti předmětů řízení (srov. marg. č. 18 a násl.). Je třeba zdůraznit, že uvedené platí také v případech zatímních opatření, včetně těch s efektem plnění. Tak např. v rámci řízení s žalobním požadavkem za zaplacení je možné žádat zatímní opatření na plnění odpovídající (částečně) žalobnímu požadavku, jsou-li pro

73

⁴⁰⁴ Srov. usnesení ÚS ze dne 12. 3. 2002, sp. zn. III. ÚS 394/01, a nález ÚS ze dne 5. 11. 2002, sp. zn. II. ÚS 343/02.

⁴⁰⁵ Nález ÚS ze dne 8. 8. 2013, sp. zn. III. ÚS 52/13.

⁴⁰⁶ Např. usnesení ÚS ze dne 16. 12. 2014, sp. zn. II. ÚS 3512/14, nebo usnesení ÚS ze dne 15. 12. 2011, sp. zn. II. ÚS 2734/11. K otázce způsobilosti předběžného opatření zasáhnout do základních práv a svobod účastníků řízení se ÚS s jistou rezervovaností vyjádřil tak, že tuto způsobilost vyloučit nelze, a lze tedy tato rozhodnutí podrobit přezkumu v rámci tzv. *omezeného testu ústavnosti* (neboť podstatná část záruk spravedlivého procesu se vztahuje na proces ve svém celku).

⁴⁰⁷ Ať již jsou jimi vlastnická práva (srov. nález ÚS ze dne 10. 11. 1999, sp. zn. II. ÚS 221/98), svoboda projevu (ESLP, *RTBF v. Belgie*, stížnost č. 50084/06), anebo práva ve smyslu čl. 36 LPS a čl. 6 odst. 1 EÚLP atp.

⁴⁰⁸ V ČR půjde zejm. o jednotlivá „nedotažená“ ustanovení OSŘ. Uvést lze i příklad všeobecně známého předběžného zákazu stávky plánované odboráři v roce 2012, přestože zajišťované právo na ni nemělo (kromě ústavněprávního zakotvení) „podklad“ v zákoně č. 2/1991 Sb., o kolektivním vyjednávání, ani v zákoně jiném.

to dány všechny ostatní předpoklady, zejm. zajišťovací důvod.

Pokud by na již zahájené a běžící řízení o vydání předběžného opatření navazoval nový *totožný* návrh na zahájení řízení o vydání předběžného opatření mezi týmiž účastníky, nebude pochyb o tom, že projednání druhého návrhu brání překážka věci zahájené. Je však třeba se zabývat tím, kdy je totožnost návrhů dána. Vyjděme především z toho, že návrh na nařízení předběžného opatření musí obsahovat kromě obecných náležitostí § 42 odst. 4 OSŘ vyličení skutečnosti o tom, že je třeba, aby byly zatímne upraveny poměry účastníků, nebo že je tu obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen, vyličení skutečností, které odůvodňují předběžné opatření, a musí být z něj patrné, *jakého* předběžného opatření se navrhovatel domáhá (srov. § 75 odst. 2 OSŘ). Z hlediska námi zvoleného dělení je tedy z důvodu *určitosti* nutné uvést (resp. musí být patrné), zdali jde o *zajištění* peněžitého nebo nepeněžitého nároku zajišťovacím opatřením (tj. opatření z důvodu obavy, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen), anebo o *mezitímní plnění* určitého (z právního poměru vyplývajícího) nároku, resp. regulaci právního vztahu ve smyslu zatímního opatření.⁴⁰⁹ Současně je třeba, aby z návrhu bylo patrné, jakým *způsobem* má být zajištění v širším slova smyslu provedeno, tedy např. zda jde o postižení určité pohledávky, zákaz převodu určité nemovitosti, složení určité věci do soudní úschovy anebo o plnění na určitou pohledávku (včetně výše tohoto plnění). Uvedené je podstatným rozdílem např. od německého práva, které ke konkretizaci způsobu zajištění u věcného arestu přistupuje zásadně až v rámci jeho výkonu. Návrh na věcný arest tedy směřuje obecně do majetku odpůrce jako celku,⁴¹⁰ resp. zajišťující předběžné opatření (*Sicherungsverfügung*) je co do obsahu přenecháno do uvážení soudu, ledaže je provedena konkretizace návrhu co do způsobu opatření, kterým by pak soud byl vázán.⁴¹¹ Pokud jde o předběžné opatření zatímní „na plnění“, pak jsou (v českém i německém právu) na návrh co do konkretizace kladeny stejné požadavky jako na návrh žalobní,⁴¹² to z důvodu, že zde z hlediska požadavku dochází k překryvu.

Z provedeného rozlišení a zejm. potřebné konkretizace návrhu co do způsobu zajištění plyne, kdy předchází návrh na nařízení předběžného opatření bude znamenat pro návrh pozdější překážku věci zahájené. V zásadě totiž na předběžné řízení dopadá § 84 odst. 1 OSŘ, který stanoví, že zahájení řízení brání tomu, aby o *téže věci* probíhalo u soudu jiné řízení. V souladu s výše řečeným se „táž věc“ určuje podle stejných účastníků a totožného předmětu řízení, který je dán, jestliže stejný nárok nebo stav vymezený žalobním petitem vyplývá ze stejných základních skutkových tvrzení, jimiž byl mezi totožnými účastníky uplatněn.⁴¹³ Stručně řečeno je předmět řízení dán nejen

⁴⁰⁹ Tj. opatření z důvodu, že je třeba, aby byly zatímne upraveny poměry účastníků.

⁴¹⁰ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 108 a 109. Jistou výjimku představuje postižení pohledávky odpůrce za třetí osobou.

⁴¹¹ Tamtéž, s. 110.

⁴¹² Ovšem navíc je nutno vyličit zajišťovací důvod.

⁴¹³ Svoboda, K. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 298.

petitem, ale i skutkovým vylíčením. Z toho, co bylo řečeno ohledně potřebné konkretizace návrhu, plyne následující:

- a. Je-li přípustěno zajišťovací opatření určitou formou omezení osobní svobody odpůrce („personální arrest“), nebude návrh v tomto směru (např. na předání cestovního pasu soudu) na překážku návrhu na zajišťující opatření zajištěním určité věci, např. zákazem jejího zcizení (obstojí-li vedle sebe i z hlediska subsidiarity personálního arestu, je otázkou důvodnosti návrhu).
- b. Stejně tak vedle sebe obtojí, a překážka věci zahájené tedy nebude dána v případě návrhů (podložených stejným zajišťovacím důvodem a stejným zajišťovaným právem) na zajišťovací opatření směřující k zajištění vícera rozdílných věcí (např. movitosti, nemovitosti a pohledávky). To platí i pro návrhy požadující vícero způsobů zajištění, např. složením do úschovy, sekvestrací a zákazem zcizení. Pokud by však tyto návrhy byly uplatněny paralelně (např. v rámci téhož řízení), mohly by se přijaté způsoby zajištění vzájemně vylučovat (spravování věci sekvestorem vylučuje její uložení u soudu). To by vedlo k částečnému zamítnutí jednoho z nich pro nedůvodnost, nikoli však k zastavení řízení pro překážku litispendence.
- c. Zatímní a zajišťující předběžná opatření se v zásadě vylučují,⁴¹⁴ neboť účelem prvních je „meztímní plnění“, zatímco účelem druhých je zajištění peněžitě nebo nepeněžitě pohledávky. Jestliže navrhovatel požaduje meztímní plnění, nebude obvykle současně požadovat zajištění nároku, na který má být plněno. Je však pravděpodobnější, že zatímním opatřením bude požadováno právo na meztímní plnění části nároku, avšak zajistit v úzkém slova smyslu bude třeba tu zbylou část nároku, která by nebyla zatímním opatřením přiznána. Lze uzavřít, že i ve výjimečných případech paralelního požadavku na meztímní plnění a předběžné zajištění vztahujícího se k témuž zajišťovanému právu nebude mezi uvedenými dána překážka věci zahájené. Jinou otázkou však bude důvodnost takových návrhů, neboť vyhověním požadavku na meztímní plnění bude zásadně odpadat zajišťovací důvod pro vydání zajišťovacího opatření, neboť navrhovatel bude ve vyhovující části disponovat vykonatelným exekucním titulem.

Příklad:

Požaduje-li se návrhem na nařízení (předběžného) zatímního opatření vydání určité věci navrhovatel (např. z důvodu jejího svémocného násilného odnětí), není tím založena překážka věci zahájené ohledně požadavku na složení takové věci do úschovy soudu. Pokud soud nařídí vydání věci, tj. vytvoří exekucní titul k odnětí věci za účelem jejího předání navrhovateli, odpadá důvod (důvodnost) pro současně nařízení složení věci do úschovy soudu, které by z hlediska výkonu znamenalo

⁴¹⁴ Obdobně Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 115.

jen to, že se věc po jejím odnětí nepředá navrhovateli, ale soudu. O obou návrzích bude muset být rozhodnuto zvlášť, neboť ani jeden „není obsažen v druhém“, naopak jde o samostatné návrhy.

- d. Ohledně zatímních opatření s efektem plnění nepřipadá v případě téhož zajišťovaného práva a téhož zajišťovacího důvodu v úvahu, aby navrhovatel volil vícero způsobů zajištění (v širokém slova smyslu), resp. plnění, neboť jeho návrh vždy směřuje k plnění tvrzeného nároku. V tomto případě opětovnému či paralelnímu uplatnění nároku brání překážka věci zahájené. Jinak tomu však bude tam, kde zatímní opatření sleduje úpravu v rámci právního poměru, přičemž způsob úpravy se může lišit; pak budou „nadbytečné“ způsoby úpravy sporného vztahu zamítnuty, pakliže nařízený způsob již odstraňuje nebezpečí, pro které je předběžné opatření vydáváno.

Výše uvedené platí jak v případě, kdy jsou návrhy podávány u téhož soudu, tak v případě, kdy je na základě pravidel ohledně soudní příslušnosti příslušných *více soudů*.

21. Předběžná opatření a právní moc

Právní moc je institutem procesního práva, který má svůj původ ve víře ve správnost autoritativního rozhodnutí soudu a v požadavku na právní jistotu ohledně toho, jak se právní vztahy (jejich důsledky) mají. Právní jistota je jedním z atributů právního státu a můžeme o ní ve vztahu k soudním rozhodnutím mluvit tam, kde tato rozhodnutí lze označit za konečná, neboť projednanou věc zásadně nelze znovu „otevírat“, a kde je současně zajištěno, že po obsahové stránce nebudou vydávána protichůdná rozhodnutí, prostřednictvím kterých by docházelo k obsahové revokaci nebo reparaci (opravování) toho, o čem již bylo rozhodnuto.

74

Jakmile je rozsudek (rozhodnutí) v právní moci, nabývá určitých vlastností, které lze popsat prostřednictvím termínů formální a materiální právní moci. *Formální právní moc* rozsudku se projevuje tím, že je nelze napadnout řádným opravným prostředkem (§ 159 OSŘ) a praktické je její posuzování v tom smyslu, zdali, resp. kdy právní moc nastoupila. *Materiální právní mocí* rozsudku se rozumí závaznost povinnosti jím uložené a jeho nezměnitelnost prostřednictvím nového řízení pro totéž (tzv. překážka věci rozhodnuté), přičemž praktické je její posuzování v tom smyslu, koho zavazuje (subjektivní meze právní moci), co zavazuje (objektivní meze právní moci), a kdy zavazuje (časová mez právní moci).⁴¹⁵

Překážka věci rozhodnuté je řazena mezi procesní podmínky. Není-li dána, je možné meritorně rozhodnout. Jestliže rozhodnutí stojí v cestě překážka právní moci, musí být řízení zastaveno.

⁴¹⁵ Srov. Hrnčířík, V. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 555 a násl.

Do značné míry lze ohledně posuzování vztahu právní moci rozhodnutí vydaných v rámci předběžné ochrany ve vztahu k řízení a rozhodnutím ve věci samé, jakož ohledně vztahu právní moci rozhodnutí vydaných v rámci předběžné ochrany ve vztahu k jiným předběžným řízením (rozhodnutím v nich vydaných) odkázat na to, co bylo řečeno v pojednání o překážce litispendence (viz marg. č. 73). Lze znovu zdůraznit, že ve vztahu k řízení a rozhodnutí ve věci samé (v hlavní věci) se právní moc rozhodnutí učiněného v předběžném řízení neprojeví.

I usnesení vydávaná v rámci řízení o vydání předběžného opatření zásadně *nabývají*, ve smyslu výše podávaných definic formální a materiální právní moci rozsudku, těchto vlastností rozhodnutí (viz § 167 odst. 2 OSŘ). Pokud jde o formální právní moc, bude tato nastávat („obvyklým způsobem“) tam, kde nebude možné rozhodnutí napadnout řádným oprávněným prostředkem (tj. v ČR odvoláním). Jaký však má dosah materiální právní moc ve vztahu k dalším (jiným) předběžným řízením, je otázkou nanejvýš ožehavou⁴¹⁶ (viz níže). Rovněž pro rozhodnutí v předběžném řízení zásadně platí pravidlo, podle kterého je soud *svým rozhodnutím vázán* (§ 170 OSŘ),⁴¹⁷ srov. však níže k možné změně podle § 77 odst. 2 OSŘ. Usnesení, kterým soud rozhodl o nařízení předběžného opatření nebo o zamítnutí návrhu na jeho vydání, zcela jistě není ve smyslu § 170 odst. 2 OSŘ rozhodnutím, kterým by se upravovalo vedení řízení. To plyne především z toho, že uvedenými usneseními se rozhoduje o předmětu předběžného řízení.

Bylo již naznačeno, že dosah materiální právní moci usnesení, kterým bylo rozhodnuto o návrhu na předběžné opatření ve smyslu vyhovění nebo zamítnutí návrhu ve vztahu k dalším předběžným řízením, je otázkou velmi spornou. To dokonce natolik, že někteří autoři účinky materiální právní moci ve vztahu k dalšímu řízení, resp. rozhodnutí z důvodů zvláštností předběžného řízení zcela popírají.⁴¹⁸ Německá většinová nauka však dospívá k závěru, že účinky materiální právní moci je třeba *zásadně* uplatňovat i pro předběžná řízení.⁴¹⁹ Z rovnosti zbraní – kdy proti jednou pravomocně nařízenému předběžnému opatření má dlužník možnost obrany jen z důvodu změny okolností – je vyvozováno, že ani věřiteli by při nezměněném *procesním stavu* neměla být dána možnost žádat nové rozhodnutí.⁴²⁰ Klade se otázka, za jakých předpokladů je možné opakovat jednou zamítnutý návrh na vydání předběžného opatření. Zde se stává zřejmé, proč bylo výše zdůrazněno slovo *zásadně*. Již ze samé podstaty časové meze právní moci plyne, že pokud je první návrh zamítnut s odůvodněním, že absentuje znak zajišťovacího důvodu, není dalšímu návrhu na překážku, pokud zajišťovací důvod posléze nastane (tj. naplní se znak ohrožení, resp. obavy, resp. vyvstane relevantní nebezpečí);

75

⁴¹⁶ Srov. Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 7.

⁴¹⁷ Vázaností je myšlena vnitřní vázanost soudu v dané věci, nikoli v jiných řízeních a znamenající, že soud zásadně nesmí své usnesení změnit, doplnit nebo zrušit a jeho závazný obsah je pro něj nadále rozhodný (tj. postupuje na jeho základě).

⁴¹⁸ Blomeyer, 2. vydání, § 118 V 1 (citováno dle Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 7, pozn. pod čarou č. 28).

⁴¹⁹ Srov. Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 7., pozn. pod čarou č. 29.

⁴²⁰ Tamtéž, s. 8.

v tom tedy odchylka od zásady není. Obdobně, jestliže nebyl v prvním návrhu konkluzivně tvrzen zajišťovaný nárok (viz marg. č. 62), je možné návrh opakovat jen tehdy, jestliže v mezidobí nastaly skutečnosti, které konkluzivnost zajišťovaného nároku zakládají.⁴²¹ Složitou je však odpověď na otázku, pokud žalobce předloží *nové důkazní prostředky*, které jsou s to předpoklady pro vyhovění původnímu požadavku osvědčit. Striktní uplatnění účinků materiální právní moci by nové věcné rozhodnutí zapovídalo. Na druhou stranu nelze nevidět zvláštnosti předběžného řízení, ve kterém pro nutnost celkové rychlosti řešení situace je pro navrhovatele nesnadné důkazní prostředky osvědčení narychlo předložit.⁴²² Německá převažující právní nauka proto po právu dává navrhovateli možnost opakovat svůj návrh tehdy, pokud jsou předloženy *nové prostředky osvědčení*, avšak s omezením, že tyto prostředky navrhovatel *nemohl* v prvním řízení uplatnit.⁴²³ Uvedené platí shodně tam, kde navrhovatel v novém návrhu přednese nové skutečnosti, na kterých zakládá svůj požadavek. Vzhledem k nutné rychlosti je dobře možné, že navrhovatel *bez své viny* nezjistil všechny skutečnosti, proto je třeba mu přednes dříve neznámých skutečností umožnit v novém řízení (návrhu).⁴²⁴

Za druhou zásadní odchylku lze mít časovou omezenost účinku právní moci spočívající v tom, že platí výjimka, která umožňuje právní moc prolomit, pokud dojde ke změně poměrů (např. § 77 odst. 2 OSŘ nebo § 325 dZPO).

Výše bylo řečeno, že určitost návrhu v první řadě předpokládá, aby z něj bylo seznatelné, zdali jde o *zajištění* peněžitého nebo nepeněžitého nároku,⁴²⁵ anebo o *mezitímní plnění* určitého nároku, resp. regulaci právního vztahu.⁴²⁶ Jeden a tentýž nárok lze v širším slova smyslu zajistit jak zajišťovacím, tak zatímtním opatřením (srov. marg. č. 73). Proto by nemělo být pochyb o tom, že pokud dojde k zamítnutí návrhu požadujícího zajišťovací opatření, *nenastávají* účinky právní moci ve vztahu k řízení o návrhu na zatímtní (plnění požadující) opatření. To proto, že předmět řízení (a tedy zkoumání) je zásadně jiný (zejm. co do důvodu zajištění – viz marg. č. 24).

V ČR je problematika umocněna několika nejasnými ustanoveními OSŘ, a to § 77 odst. 2 větu první a § 75c odst. 4 OSŘ, jakož i celkovou koncepcí procesu týkajícího

⁴²¹ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 8.

⁴²² Pro české právo též prakticky absentuje možnost „poučení“ za účelem doplnění osvědčení, resp. možnost tento nedostatek nahradit jistotou.

⁴²³ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 674; Baur, F. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967, s. 89. Podle mého názoru příliš široce Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 248 (stačí, že navrhovatel „tvrzení skutečnosti neosvědčil, když s návrhem na nařízení předběžného opatření nepředložil listinné důkazy“).

⁴²⁴ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 8; Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 674.

⁴²⁵ Zde jde o zajišťovací opatření (tj. opatření z důvodu obavy, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen).

⁴²⁶ Zde jde o zatímtní opatření (tj. opatření z důvodu, že je třeba, aby byly zatímtně upraveny poměry účastníků).

se vydání předběžného opatření, v němž kromě odvolání nemá odpůrce jiného opravného prostředku než právě návrhu podle § 77 odst. 2 OSŘ. Ustanovení § 77 odst. 2 OSŘ vykládají někteří autoři tak, že důvodem pro změnu, resp. zrušení předběžného opatření je i „zjištění, že předpoklady pro vydání předběžného opatření vůbec dány nebyly“.⁴²⁷ Samotná formulace § 77 odst. 2 OSŘ, podle kterého předběžné opatření předseda senátu zruší, jestliže *pominou důvody*, pro které bylo nařízeno, takovému výkladu však nesvědčí. Mám za to, že cíle, kterého se uvedený výklad snaží dosáhnout, lze dosáhnout připuštěním plného práva odpůrce osvědčovat skutečnosti, které brání tomu, aby předběžné opatření bylo pravomocně vydáno (čímž se nikterak nedostáváme do konfliktu se zněním § 77 odst. 2 věty první OSŘ). Je na dalším posouzení, zda se tak má, resp. může stát v rámci odvolacího řízení (srov. § 75c odst. 4 OSŘ), anebo je pro „zbraně“ odpůrce, nezohledněné v odvolacím řízení, místa jen v rámci rozhodování podle § 77 odst. 2 věty první OSŘ (k mému návrhu řešení problematiky viz marg. č. 100 a 163).

22. Předběžné řízení a možnost jeho obnovy

S výše vyloženou problematikou právní moci předběžného opatření úzce souvisí otázka, lze-li předběžné řízení znovuotevřít formou obnovy řízení. I v zahraničí naprosto převažuje odpověď, že nikoli.⁴²⁸ Odůvodnit tuto odpověď lze tím, že navrhovatelí přísluší možnost opakovat svůj návrh na vydání předběžného opatření. To tehdy, pokud jsou předloženy nové prostředky osvědčení anebo tvrzeny nové skutečnosti (tzv. *nova reperta*, která již objektivně existovala před dobou rozhodování o návrhu na předběžné opatření), avšak s omezením, že tyto prostředky navrhovatel nemohl v prvním řízení uplatnit,⁴²⁹ k čemuž dodávám *bez svého zavinění*. Současně vidíme, že prostřednictvím nového návrhu je institut („nedovolené“) obnovy řízení nahrazován efektivnějším (rychlejší) způsobem ochrany, který je předběžné ochraně vlastní.

Obdobně je třeba záležitost posuzovat i z pohledu odpůrce. Pokud ten bez svého zavinění nemohl v daném stadiu řízení – typicky do vydání rozhodnutí potvrzujícího nařízení předběžného opatření za předpokladu přípustnosti odpůrcových tvrzení a důkazů – uplatnit určitou skutečnost (důkaz), je třeba (mj. z důvodu rovnosti zbraní) připustit její uplatnění v rámci řízení o zrušení předběžného opatření.⁴³⁰ Posléze uvedené pravidlo lze aplikovat i tam, kde tak odpůrce nemohl učinit „vinou“ právní úpravy, resp. jejího výkladu (srov. komentáře k § 75c odst. 4 OSŘ), čímž lze do jisté

76

⁴²⁷ Např. Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 153. K uvedené problematice blíže marg. č. 71, 74, 100 a 140.

⁴²⁸ Byť jsou zvažovány i možnosti výjimek z důvodů spočívajících na trestněprávně relevantním jednání odpůrce atp. (Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 390 marg. č. 90).

⁴²⁹ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, s. 674; Baur, F. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967, s. 89.

⁴³⁰ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 226.

míry odčinit nedostatky české právní úpravy (viz též marg. č. 71 a 100).

23. Předběžná opatření, resp. řízení a exekuce

Problematika účinků předběžných opatření je též nerozlučně spjata či propojena s otázkou, jak se vydaná předběžná opatření „chovají“ v exekučním nebo insolvenčním řízení.

77

Ve vztahu k exekučnímu (vykonávacímu) řízení je třeba na prvním místě vymýtit [v ČR dosti utkvělou a zřejmě z § 77 odst. 1 písm. c) OSŘ vycházející] představu, že by možnost zahájení tohoto řízení či již jeho vedení automaticky vylučovala možnost důvodně žádat vydání předběžného opatření. V Rakousku a Německu lze poměrně jednoznačně dovodit, že exekuční řízení lze považovat za tzv. *řízení hlavní*, k němuž⁴³¹ se předběžné řízení vztahuje (srov. např. § 378 odst. 1 EO). To podle mého názoru zcela jistě platí i pro ČR. I zde v praxi vytanou nebezpečí, kterým je přes existenci exekučního titulu nutno čelit návrhem na vydání předběžného opatření.

Nelze ovšem zamlčet, že potenciálně konkurující exekuční řízení bude zpravidla (v důsledku *subsidiarity* opatření předběžné ochrany) vylučovat možnost domoci se ochrany prostřednictvím předběžného řízení tam, kde exekuční řízení dovoluje dobrati se ochrany plně (tj. dosáhnout sledovaného cíle). Bude tedy třeba vždy konkrétně posuzovat zejm. to, jaké hrozí nebezpečí (tj. jaký je dán zajišťovací důvod), lze-li mu předejít „pouhými“ prostředky exekučního řízení anebo naopak takové nebezpečí odvrátit reálně lze jen předběžným opatřením, dále jaký účel je navrhovaným opatřením sledován, přičemž je nutno zvážit i faktor času atd.

Příklad:

Zaniká-li české předběžné opatření (komparativně poněkud kuriózně) *ex lege* uplynutím patnácti dnů od vykonatelnosti vyhovujícího rozhodnutí, kterým je předběžné opatření justifikováno [viz zmíněný § 77 odst. 1 písm. c) OSŘ], pak leckdy nebude fakticky, resp. reálně z časových důvodů naplněna představa zákonodárce, že předběžného opatření pro možný výkon rozhodnutí již není třeba. Česká soudní praxe zná řadu případů, kdy pouhé nařízení exekuce (pověření exekutora) trvá dokonce dlouhé měsíce (srov. § 43a odst. 1 a 3, § 35 odst. 3 EŘ), takže obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen, může nadále trvat (tj. i po dobu exekučního řízení; srov. § 35 odst. 2 EŘ).

K tzv. *dočasným opatřením zamezujícím vykonání rozhodnutí* viz marg. č. 49; tato opatření jsou předvídána ve prospěch odpůrce a v mezích jimi poskytované ochrany je odpůrce (povinný) vyloučen z možnosti žádat předběžné opatření. Naopak je „zrcadlově“ vyloučeno předběžné opatření ve prospěch navrhovatele (oprávněného), kterým by tento „zvrátil“ účinky povoleného dočasného opatření zamezujícího vykonání rozhodnutí (např. podle § 266 OSŘ bude oprávněný oprávněn podat odvolání).

⁴³¹ Resp. právu, resp. nároku v něm vymáhaném.

Jinou styčnou plochu představují vydaná předběžná opatření *dopadající na majetek*, který se stane (příp. již je) objektem provádění exekuce. Zde se v českém a rakouském právu projeví výše zmíněná „faktičnost“⁴³² zajištění, tj. nedostatek konstituování zástavního práva či pořadí. S tím souvisí, že předběžné opatření exekuci *ustoupí* i v jiných ohledech. Tak předběžné opatření zakazující zcizení či zatížení nemovitosti nezamezí jejímu vydražení v exekuci vedené jiným věřitelem, obdobně soudní obstarávka pohledávky odpůrce nezabrání exekučnímu postižení této pohledávky, tvrzené vlastnické právo třetího k obdobně „předběžně postižené“ nemovitosti bude moci tento třetí uplatňovat excindační či obdobnou žalobou atp. Jestliže však předběžné opatření *reguluje chování odpůrce vůči určité věci*, např. upravuje spoluvlastnické užívání místností v nemovitosti, pak exekuční zajištění takové nemovitosti nebude mít na účinky předběžného opatření vliv. Mám za to, že po vydražení spoluvlastnického podílu odpůrce bude obvykle dán důvod pro zrušení předběžného opatření z důvodu změny poměrů, avšak nelze vyloučit, že podmínky trvání předběžného opatření budou z důvodu faktického chování odpůrce nadále dány, jestliže např. předběžné opatření směřovalo k úplnému zákazu užívání společné věci, resp. prostoru odpůrcem a i nadále bude nutno chránit např. proti svémocnému užívání či jiným zásahům odpůrce. U předběžných opatření, která *regulují čistě chování* odpůrce (např. zdržení se určitých výroků), nebude mít exekuce vedená na majetek odpůrce na účinky předběžného opatření vliv.

24. Předběžná opatření, resp. řízení a insolvence

Posledně uvedené závěry (tj. nedostatek konstituování zástavního práva či lepšího pořadí věřitele „disponujícího“ předběžným opatřením) se obdobně uplatní i v rámci českého a rakouského insolvenčního řízení, a to též s ohledem na zvláštní režim, který insolvenční zákony znají ve vztahu k zajištění (rozsahu) majetkové podstaty dlužníka [§ 2 písm. e) a § 205 a násl. InsZ], a zásadu rovnosti, resp. sledování společného zájmu věřitelů (§ 5 InsZ). Právě uvedené zásady jsou navíc důvodem normování zvláštních předběžných opatření, která se v insolvenčním řízení uplatňují. Zejm. lze upozornit na předběžná opatření, která mají předejít změnám v rozsahu majetkové podstaty v *neprospekch věřitelů* (§ 113 InsZ), resp. směřují k jejímu zajištění (§ 73 IO). Ta vykazují zvláštnost v tom, že *nevyžadují určitý konkrétní* zajišťovaný nárok (právní vztah), tak jak jej známe u předběžných opatření vydávaných podle obecných předpisů. Jednotlivým (svou povahou poměrně různorodým) aspektům obecných předběžných opatření (řízení) ve vztahu k insolvenčnímu řízení věnuji následující odstavce. To bez ambice na úplnost, přičemž zejm. nezkoumám jednotlivá zvláštní předběžná opatření podle insolvenčních zákonů.

Třetí plocha bude vyvstávat tam, kde se před zahájením insolvenčního řízení vydaná předběžná opatření budou *dotýkat majetkové podstaty*, která podléhá zvláštnímu

⁴³² König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 265.

režimu dispozic podle InsZ (zejm. tam, kde je ve vztahu k majetkové podstatě osobou s dispozičními oprávněními insolvenční správce – § 229 odst. 3 InsZ). Stane-li se předmět, na nějž dopadají účinky předběžného opatření, v na majetek odpůrce zahájeném insolvenčním řízení součástí majetkové podstaty, nebrání předběžné opatření jeho zpeněžení podle § 283 a násl. InsZ.⁴³³ Tam, kde předběžným opatřením *není dotčena majetková podstata* – např. jde-li o vykázání dlužníka nebo předběžným opatřením stanovené zdržení se nekalosoutěžního jednání – zůstává předběžné opatření insolvenčním řízením nedotčeno.

U předběžných opatření, která byla vydána *na návrh (insolvenčního) dlužníka*, ke ztrátě jejich účinků docházet nebude. Relevantní však bude otázka dispozičních oprávnění, kdy srov. zejm. § 229 odst. 3 OSŘ, podle kterého bude další postup vedení předběžného řízení v případě konkursu na insolvenčním správcí.

Pokud soud stanovil lhůtu k *podání justifikační žaloby* a dojde-li k zahájení insolvenčního řízení, pak pohledávky a jiná práva týkající se majetkové podstaty nemohou být uplatněny žalobou, lze-li je uplatnit přihláškou (§ 109 odst. 1 písm. a), odst. 3 InsZ]. Navrhovatel splní svou povinnost k podání justifikační žaloby podáním přihlášky.

Nikoli jednoduché je na obecné úrovni zodpovězení otázky, zdali se prohlášením konkursu (příp. již rozhodnutím o úpadku) *přerušují* předběžná řízení (srov. poněkud nejasný § 263 a 140a InsZ, dále § 7 EO). Mám za to, že je třeba postupovat diferencovaně s ohledem na předmět řízení (který se u předběžných řízení liší od tzv. řízení hlavních), přičemž v českém právu zásadně k přerušení předběžných řízení docházet nebude (zejm. tam, kde není dotčena majetková podstata – např. jde-li o vykázání dlužníka nebo předběžným opatřením stanovené zdržení se nekalosoutěžního jednání). Výjimkou budou ta předběžná řízení, kde se navrhovaná opatření *dotýkají předmětů, které tvoří majetkovou podstatu* a v jejich hlavních řízeních přerušení nastává či by nastalo (viz § 140a a 263 InsZ), neboť zde k přerušení dojde, přičemž jimi sledovaného účelu bude lze zpravidla dosáhnout předběžným opatřením soudu podle § 113 InsZ (týká-li se insolvenční řízení odpůrce).

Lze dodat, že nelze zcela vyloučit vydání obecných předběžných opatření, která by se vztahovala k řízení, jejichž předmětem je *vyloučení či vynětí z majetkové podstaty* (§ 204 odst. 2, § 225 a násl. InsZ), uplatnění *pohledávky za majetkovou podstatou* nebo pohledávky jim naroven postavené (§ 168, 169 a 203 InsZ) atp.

K dobru pohledávek uplatňovaných podáním přihlášky nelze obecné předběžné opatření vydat, neboť účast věřitele v insolvenčním řízení (po dobu trvání účinků tohoto řízení) vytěšňuje zajišťovací důvod (pro vydání předběžného opatření).⁴³⁴

Předběžná opatření v českém a rakouském právu v insolvenčním řízení nezjednávali *přednostní práva* na uspokojení, a tedy nedochází k omezení zásady *par conditio*

⁴³³ Obdobně jako v exekuci předběžné opatření zakazující zceizení či zatížení nemovitosti nezamezí jejímu vydražení v exekuci vedené jiným věřitelem.

⁴³⁴ Shodně König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 263.

creditorum.⁴³⁵ Jinak je tomu v rámci práva německého z důvodu vzniku zástavního práva, s předběžným opatřením spojeného. Výjimkou je ovšem v českém právu zajištění nároku na majetku obviněného vydané v trestním řízení podle § 47 TrŘ, které za podmínek § 167 odst. 2 InsZ zjednává pořadí pro přednostní uspokojení.⁴³⁶

25. Výkon předběžných opatření

25.1 Obecné otázky

Nikoli pro jejich pouhé nařízení, ale pro jejich vykonání (realizaci) jsou předběžná opatření žádána, neboť teprve tím je naplněn účel efektivní předběžné ochrany.

79

Na prvním místě se klade otázka, jakými ustanoveními se takový výkon, resp. vykonávání předběžných opatření řídí. Historicky odpověď do značné míry vyplývala ze systematického zařazení ustanovení o předběžných opatřeních do kodexů, příp. jejich části, které se týkaly výkonu rozhodnutí (exekuce). Některé právní řády výslovně uvádějí, že na vykonávání předběžných opatření (arestu) se obdobně použijí předpisy týkající se výkonu rozhodnutí s tím, že v rámci úpravy předběžných opatření jsou zakotveny odchylky, které doznají přednostního použití (např. § 928 dZPO). Český zákonodárce uvedenou otázku v OSŘ výslovně neřeší. Dle mého názoru se však v rámci českého procesu uplatní stejný princip, tj. výkon předběžných opatření se bude řídit na prvním místě zvláštními ustanoveními obsaženými v rámci úpravy § 74 a násl. OSŘ a posléze (resp. v případě absence zvláštních ustanovení), avšak pod prizmatem *zajišťovací* funkce (!), ustanoveními upravujícími výkon rozhodnutí (§ 251 a násl. OSŘ). Prizmat zajištění *zásadně* nedovolí, aby vykonávání předběžných opatření šlo nad rámec zajišťovacích opatření (např. tedy bude vyloučeno, aby banka vyplatila zajištěné prostředky navrhovateli atp.). V tomto ohledu je však třeba bližšího rozlišení, a to zvláště po linii výše zvoleného způsobu dělení na opatření zajišťovací a zatímní.

Pokud jde o elementy, které výkon předběžného opatření v jednotlivých právních řádech oproti obvyklému pořadí řízení urychlují, je o nich pojednáno u marg. č. 84 této práce (heslovitě jde zejm. o „okamžitou vykonatelnost“, „absenci nutnosti prohlášení předběžné vykonatelnosti“, „zásadní odpadnutí potřeby doložky vykonatelnosti“, „zahájení vykonávání před doručením usnesení“, „výkon některých opatření *ex offio*“, příp. „existence lhůt, ve kterých je třeba předběžné opatření doručit nebo na jejich podkladě zahájit výkon“).

⁴³⁵ Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 387, s. 18.

⁴³⁶ Méně jasná úprava je v § 265 odst. 2 OSŘ a § 47 odst. 3 EŘ, kdy lze mít za to, že při konkurujících exekucích, resp. vykonávacích řízeních budou pro pořadí rozhodná pravidla obsažená v zákonu č. 119/2001 Sb., kterým se stanoví pravidla pro případy souběžně probíhajících výkonů rozhodnutí, a k němu obecných předpisů.

Vykonání (provedení) předběžných opatření se bude lišit podle druhu předběžného opatření (viz výše uvedené rozlišení na zajišťovací a zatímní předběžná opatření). Podstatné přitom bude, jaký způsob zajištění je nařízen (což bude odvislé od toho, jakého objektu se zajištění týká), resp. jaká je obsahová stránka předběžného opatření. V tomto smyslu je třeba chápat následná rozlišení.

Kladou se následující otázky: Do jaké míry je předběžné opatření exekucním titulem pro výkon exekuce podle § 251 a násl. OSŘ, dále do jaké míry je vydané předběžné opatření vykonáváno z moci úřední nebo na návrh, a konečně jak je to s příslušností soudu, který vykonávání usnesení o nařízení předběžného opatření provádí? Jak patrně z historické a komparativní části, odpovědi na výše uvedené otázky jsou do značné míry v rukou zákonodárce a jeho právně-politického rozhodnutí.

V každém případě je třeba vycházet z teorie zastávané obecně pro veškerá soudní rozhodnutí, a to že *vykonatelnost rozhodnutí* je vlastnost všech soudních rozhodnutí, avšak pouze některá jsou vykonatelná podle § 251 a násl. OSŘ, resp. exekucí podle EŘ. Jde o to, že rozhodnutí nabytím *vykonatelnosti* získávají vlastnost spočívající v možnosti nuceně prosaditelnosti sankčního charakteru nebo jiného mocenského působení na právní vztahy. Vykonatelné *v užším slova smyslu* je usnesení, k jehož soudnímu výkonu se přistupuje podle § 251 a násl. OSŘ, resp. exekucí podle EŘ. Vykonatelnými *v širším slova smyslu* jsou usnesení ostatní, přičemž jejich vykonatelnost, resp. účinek bude spočívat v jejich provádění (prosazení) nejrůznějšími jednáními vrchnostenských orgánů a tyto v rámci své činnosti budou na jejich obsahu dále stavět (brát je za základ pro svou činnost). V obou případech jde o určitý způsob vynucení toho, o čem bylo rozhodnuto.⁴³⁷ Terminologicky lze v prvním případě mluvit o *výkonu*, ve druhém o *vykonávání* rozhodnutí.

80

Příklad:

Předběžným opatřením přiznaný nárok na vydání věci bude pravidelně vykonán tím, že soudní vykonavatel odpůrci odebere movitou věc, o kterou jde (u zajišťovacích předběžných opatření však nikdy nebude následovat předání věci navrhovateli).

Předběžným opatřením vyslovený zákaz nakládat s nemovitou věcí bude vykonáván tím, že případně učiněné právní jednání „zavázaného“ bude stiženo neplatností, zákaz bude zapsán do katastru nemovitostí a příp. již podaný návrh na vklad práva týkajícího se této nemovité věci, o němž dosud nebylo příslušným orgánem pravomocně rozhodnuto, pozbývá své právní účinky (§ 76f OSŘ). Jsou však i jiná řešení, jako např. vyloučení účinků zápisů, které jsou i nadále dále prováděny (zaznamenávány) na podkladě dispozičních úkonů odpůrce, vůči navrhovateli, pokud však je navrhovatelův nárok ve věci samé „obhájěn“ (§ 384 odst. EO⁴³⁸).

Zákaz vyplatit poškozenou pohledávku za podlužníkem bude vykonáván doručením usnesení o nařízení předběžného opatření podlužníkovi, nikoli výkonem rozhodnutí podle § 251 a násl. OSŘ.

⁴³⁷ Hrnčířik, V. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 563.

⁴³⁸ Bliže např. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 68.

Palčivou otázkou českého práva je, že zde chybí (pro efektivní výkon některých předběžných opatření potřebná) možnost zahájení výkonu předběžného opatření předtím, než dojde k doručení usnesení o nařízení předběžného opatření odpůrci (srov. výklad níže ohledně zajišťování movitých věcí); odhlížím přitom od výjimečně aplikovaného institutu, kdy by došlo k předchozímu vyhlášení usnesení. Tato palčivost se netýká případů, které popisují jako *vykonávání* předběžného opatření.

Příklad:

Při postižení pohledávky „v rukou dlužníka“ odpůrce, které se v praxi děje tím, že je poddlužníkovi zasláno rozhodnutí (§ 76c odst. 2 OSŘ) obsahující předběžné opatření, aby pohledávku dlužníkovi nevyplácel, nebo obdobné zajištění ve vztahu k nemovité věci evidované v katastru nemovitostí (§ 76 odst. 3 OSŘ), se problém nestaví, neboť v těchto případech dochází k současnemu (a zcela správně dřívějšímu) zaslání usnesení poddlužníkovi, resp. katastru nemovitostí; tím dochází *ex offio* k vykonávání předběžného opatření, přičemž dalších exekučních kroků ve smyslu § 251 a násl. OSŘ nebude zapotřebí.

Podle § 76c OSŘ je *nutné* odpůrci odeslat ve lhůtě 3 dnů ode dne vydání usnesení nařizujícího předběžné opatření jeho písemné vyhotovení (stejnopis). Pokud jde o usnesení, které je třeba vykonat podle § 251 a násl. OSŘ, dochází doručením k odpůrci ke ztrátě momentu překvapení, který do té doby odůvodňoval zejm. absenci jednání a slyšení odpůrce. Do okamžiku vlastního výkonu, např. odejmutí věci, má odpůrce otevřený prostor k dispozicím, kterými může výkon zmařit. Doplnění usnesení nařizujícího předběžné opatření o výrok, že odpůrce není oprávněn s věcí disponovat, je s to předejít právním následkům nedovolených dispozic (§ 76f odst. 1 OSŘ), avšak faktickému jednání dlužníka zamezí těžko. Obdobná úprava je obsažena i v § 395 EO, ovšem s výjimkou vazby, kde se usnesení o nařízení předběžného opatření doručuje až v okamžiku zadržení odpůrce. Německé právo uvedenému problému (tj. předchozímu varování dlužníka ve fázi vykonávání, resp. výkonu) předchází tím, že usnesení o nařízení předběžného opatření (arestu) se doručuje pouze navrhovateli (§ 922 odst. 2 dZPO); to pochopitelně neplatí tam, kde se konalo jednání, a tedy odpůrce byl o „snaze“ navrhovatele zpraven. Navrhovatel je pak povinen zajistit doručení usnesení odpůrci, avšak to je možné až následně, tj. poté, co navrhovatel požádal soudního vykonavatele o vykonání zajišťovacích opatření, resp. sám navrhne provedení zápisu do evidence nemovitostí atp. Výkon předběžného opatření (arestu) je tedy přípustný bez předchozího nebo současného doručení usnesení dlužníkovi; k tomuto doručení však musí dojít nejpozději do týdne po výkonu (§ 929 odst. 3 dZPO).

Jinou otázkou je, zda se výkon nebo vykonávání děje *na návrh*, nebo *z moci úřední neboli ex offio*.

Příklad:

Předběžným opatřením vyslovený zákaz nakládat s nemovitou věcí bude vykonáván buď „na návrh“ navrhovatele tím, že doručení příslušného usnesení odpůrci, resp. podání návrhu ke katastrálnímu úřadu bude v jeho (navrhovatelově) dispozici, anebo tím, že soud *ex offio* přímo odpůrci

i katastrálnímu úřadu příslušné opatření zašle.

Posléze uvedená otázka souvisí, resp. se prolíná s tím, jestli je vykonávání prováděno v rámci zajišťovacího řízení anebo v exekučním řízení.

Rakouská právní věda hovoří o předběžných opatřeních, jejichž obsah se směřuje k jednorázovému formálně-následujícím aktu (*einmaliges Formal-Folgeakt*), jako je tomu např. u zákazu zcizení nebo zatížení anebo soudní obstarávky. U nich je pak jejich vykonání zahrnuto v tomto aktu a dovoluje jeho provedení v rámci zajišťovacího řízení *ex offio*.⁴³⁹ V ostatních případech, typicky u předběžných opatření na zdržení se nebo placení výživného, však podle převažujícího mínění končí vykonávání z moci úřední doručením předběžného opatření, které pak slouží jako titul pro výkon (exekuci).⁴⁴⁰ Protože jde o řešení, za jehož rámec zřejmě rakouská právní úprava nepřipouští jít, hovoří uvedená komentářová literatura o „systémově konformnější variantě“, kterou by bylo vykonání i posléze uvedených předběžných opatření v rámci předběžného řízení, pokud by navrhovatel takový návrh podal.

Konečně se obecně může klást otázka, jestli je k vykonání (výkonu) *příslušný soud*, který předběžné nařízení vydal, nebo soud exekuční (tj. soud určený podle pravidel platných pro soudní příslušnost ve věcech výkonu rozhodnutí). Zde bude pravidlem, že vykonávání předběžných opatření, která nepředpokládají exekuční výkon, bude v „pravomoci“ soudu, který je příslušný pro jejich vydání.

Příklad:

Postižení pohledávky za poddlužníkem odpůrce se může stát tak, že obecně nařízení postižení majetku odpůrce i konkrétní označení postižované pohledávky dlužníka provede soud, který předběžné opatření vydává (ČR, Rakousko), anebo tento soud jen obecně rozhodne o tom, že se nařizuje postižení „majetku“ odpůrce, přičemž konkrétní pohledávka bude určena až v rámci výkonu rozhodnutí exekučním soudem (Německo).

Ohledně opravných prostředků, resp. *prostředků* „nápravy“ ve fázi vykonávání, resp. výkonu předběžného opatření se podle povahy věci použijí speciální ustanovení zakotvená v rámci úpravy předběžného řízení, nebo se použijí ustanovení upravující výkon rozhodnutí (příp. též přiměřeně). Použití opravných prostředků „exekučního“ práva potvrzuje rozdíl mezi nařizováním a trváním předběžného opatření na straně jedné a jeho výkonem na straně druhé. V prvním případě lze jako příklad uvést návrh na změnu či zrušení v důsledku změny okolností, v druhém pak např. návrh na zastavení či odklad exekuce.

Lze opětovně zdůraznit, že v případech předběžných opatření je nutno při jejich výkonu i vykonávání zůstat v rámci jejich smyslu, kterým je zajištění. V dalších bodech se

⁴³⁹ Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 390, marg. č. 72.

⁴⁴⁰ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 238.

zaměřím na základní způsoby výkonu (vykonání) předběžných opatření s ohledem na předmět, kterého se zajištění týká.

25.2 Výkon zajišťující movité věci

81

Výkon zajišťovacích předběžných opatření postihující *movité věci* spočívá na obecně teoretické úrovni v zásadě v tom, že je odpůrci odňato dispoziční oprávnění (věc je „postižena“, což může znamenat i odejmutí držby věci, její označení „pečetí“), příp. je na věci též zřízeno zástavní právo (kterým navrhovatel získává přednost před jinými možnými věřiteli, kteří zajištění nebo exekuční prodej realizují až jako další v pořadí).

Při provedení zajištění movitých věcí pro peněžitou pohledávku se v Německu postupuje podle obdobných pravidel, jaká se využívají při exekuci „prodejem movitých věcí“, avšak bez možnosti tyto prodat (zpeněžit).⁴⁴¹ je tedy *nedovolené* jít za rámec zajištění. V ČR a Rakousku je oproti tomu takový způsob zajištění jen obtížně myslitelný, neboť naráží jednak na nutnost konkrétně ve výroku (návrhu) popsat věci, které mají být „zajištěny“ spolu se způsobem, jak se tak má stát, např. složením do soudní úschovy, a jednak se předpokládá výkon až na základě doručeného usnesení. Jestliže však půjde o zajištění nepeněžitěho nároku,⁴⁴² např. nároku na vydání věci, bude namísto věc odpůrci odebrat ve smyslu ustanovení o odebrání věci (srov. § 258 odst. 2, § 345 a násl. OSŘ, § 883 a násl. dZPO), složit u soudu (příp. výjimečně předat navrhovateli, zní-li tak předběžné opatření), resp. v případě sekvestrace pak movitou věc předat sekvestorovi (správci). V ČR a Rakousku je však efektivita tohoto postupu podvázána tím, že nejprve bude třeba odpůrci usnesení o vydaném předběžném opatření doručit a až není-li z jeho strany dobrovolně splněno,⁴⁴³ je nutné podat samostatný exekuční návrh. Vydání předběžného opatření v uvedeném případě nepředstavuje současně „nařízení exekuce“, čímž však skutečná efektivní ochrana značně trpí, neboť je před samou realizací opatření odpůrce varován. Stejným způsobem jako u titulu na vydání věci je v Německu postupováno v případě těch titulů, které dlužníkovi nařizují věc složit nebo předložit.⁴⁴⁴ V ČR a Rakousku je efektivní postup opět podvázán, jak výše uvedeno. Pokud *zatímní* předběžné opatření nařizuje *zaplacení pohledávky*, bude možné (v případě *nedobrovolného* plnění) postihnout movité věci stejně, jako je tomu při výkonu rozhodnutí (v exekuci), a to na základě zvláštního návrhu na výkon rozhodnutí s tím, že movité věci v tomto případě mohou být i vydraženy (jinak zpeněženy).⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Resp. snad jen s výjimkou věcí, které mohou rychle ztratit na hodnotě, např. se zkazit, u kterých by však výnos z prodeje bylo nutné složit u soudu, a nikoli vyplatit navrhovateli.

⁴⁴² Tj. nikoli zaplacení peněžitě částky.

⁴⁴³ Srov. § 391 odst. 1 EO, které výslovně předpokládá uložení lhůty ke složení věci.

⁴⁴⁴ Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 481; Gruber, P. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, § 809 marg. č. 12 a násl.

⁴⁴⁵ Pro Německo srov. Vollkommer, M. in Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, § 930, marg. č. 7.

Výše uvedené obecné rozlišení, jaký je obvyklý postup při výkonu předběžných opatření týkajících se movitých věcí, je pochopitelně limitován způsoby (opatřeními), které právní řád v rámci úpravy předběžných opatření připouští. Tak např. rakouský EO od novelizace z roku 2000 výslovně (do té doby dle výkladové praxe⁴⁴⁶) nepřipouští, aby zajištění peněžitě pohledávky bylo provedeno prostřednictvím tzv. Pfändung, tj. sepsáním movitých věcí, včetně jejich zajištění nebo označení, pokud jsou ponechávána na místě, s efektem vzniku zástavního práva (§ 379 odst. 4 EO). Tento závěr, plynoucí z tehdejší rakouské právní úpravy (a odlišný od práva německého), si zachovává kontinuitu i do dnešního českého práva. Podle mého názoru jde o důsledek požadavku konkretizace petitu návrhu, úpravy doručování předběžného opatření a kompetenčně „odděleného“ výkonu rozhodnutí. *De lege ferenda* lze doporučit změnu vedoucí k posílení zásady efektivity a momentu překvapení odpůrce.

25.3 Výkon zajišťující pohledávku

Zajišťovací *postřízení* (*obstávka*) *pohledávky* odpůrce (dlužníka) se obecně děje přiměřeně podle ustanovení týkajících se „příkazání pohledávky“, tj. inhibitoriem a arrestatoriem, u nichž však vykonávání rozhodnutí (zajištění) končí. To znamená, že soud zakáže povinnému, aby se svou pohledávkou jakkoli nakládal, zejm. ji inkasoval, a dlužníkovi povinného zakáže, aby od okamžiku, kdy mu bylo doručeno usnesení, povinnému jeho pohledávku vyplatil nebo s ní jinak nakládal (srov. např. § 313 OSŘ, § 829 dZPO). Zvláštností je, že „vykonávacím soudem“ zde bude soud nalézající (to stanoví výslovně § 930 odst. 1 věta třetí dZPO). Pro české právo je toho dosaženo zejm. aplikací § 76 odst. 2 OSŘ. V českém právu se navíc nařízení a příkaz k jeho výkonu bude snoubit v jednom usnesení, což v Německu bude případem jen tam, kde výkon nebude podmíněn složením jistoty ze strany navrhovatele.⁴⁴⁷ Jejich právní rozlišení je však stále namístě, neboť vykonání (zajištění) provedené doručením bance nebo jinému (pod)dlužníkovi bude, resp. by mělo předcházet doručení usnesení odpůrci. Účinností inhibitoria je vykonání zajištění naplněno tím, že případné vyplacení pohledávky dlužníkovi pro poddlužníka zakládá jeho vlastní odpovědnost (srov. § 315 OSŘ). Doručením usnesení o nařízení předběžného opatření odpůrci je pak zajištění vykonáváno v té části rozhodnutí, ve které je ztělesněno arrestatorium. Jakékoli nakládání s pohledávkou ze strany odpůrce povede k neplatnosti takového úkonu (srov. § 76f odst. 1 OSŘ). Německý právní řád zná též účinek spočívající ve vzniku navrhovatelova zástavního práva k pohledávce. I v případě zajišťovacího *postřízení pohledávky* je však použití ustanovení o výkonu rozhodnutí jen přiměřené, tedy by odporovalo smyslu zajištění, kdyby poddlužník pohledávku vyplatil navrhovateli nebo kdyby ji navrhovatel proti dlužníkovi povinného vlastním jménem vymáhal (srov. § 315 OSŘ). U zatímních opatření takového

82

⁴⁴⁶ Srov. Sailer, H. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 379, s. 28.

⁴⁴⁷ Srov. Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 719.

nařízení zřejmě bude připadat v úvahu podle mého názoru jen výjimečně, avšak vyloučené není.

Česká právní úprava neupravuje „soudní obstavku“ explicitně tak, jako tomu dříve bylo a v Rakousku stále je v § 379 odst. 3 bodě 3 a § 382 bodě 7 EO. Z příkladného výčtu zajišťovacích opatření (§ 76 odst. 1 OSŘ) ve spojitosti s § 76 odst. 2 OSŘ⁴⁴⁸ a s ohledem na kontinuitu úpravy lze přípustnost soudní obstavky jednoznačně dovodit. To podle mého názoru rovněž pro případ, kdy má třetí povinnost vydat odpůrci určitou věc nebo má plnění *nepeněžitou* povahu. To, že po *třetím* je přípustné v této situaci spravedlivě žádat plnění uložené povinnosti, lze vyvodit z toho, že na jiném místě OSŘ takové povinnosti bez dalšího připouští.⁴⁴⁹ O to spíše by nemělo být pochybnosti o tom, že vedle tzv. Drittverbot je přípustný i Zweitverbot, neboli „*zákaz sama sobě*“, jestliže má návrhatel povinnost k plnění vůči odpůrci a pokud není dána možnost započtení.⁴⁵⁰ Lze upozornit na staré EO, které jakožto jeden z příkladných prostředků zajištění nepeněžitých pohledávek předvíдало (předvíдала) „zmocnění ohrožené strany, aby směla zadržeti odpůrcovy věci, které u sebe má a ke kterým se vztahuje od ní tvrzený nebo jí již přičtený nárok, až do pravoplatného rozhodnutí o tomto nároku“.

Za nedostatek české právní úpravy lze považovat, že již neobsahuje výslovné zákonné „zmocnění“, podle kterého by třetí (poddlužník) byl oprávněn složit peníze či věc (jiné plnění) do *úschovy soudu*.⁴⁵¹ Mám za to, že soud by ve svém rozhodnutí (usnesením) měl v odůvodněných případech (zejm. tam, kde nejde o poškození účtu u peněžního ústavu) třetímu umožnit, „zbavit“ se svého závazku a případné odpovědnosti složením do soudní úschovy (v režimu § 352 OSŘ). Vyloučeno nebude za splnění podmínek předmětného ustanovení ani užití § 1953 ObčZ (tj. náhradní splnění do soudní úschovy).

25.4 Výkon zajišťující (evidované) nemovitosti

Zajištění, jehož předmětem je *nemovitost*, se obecně vykoná zápisem (např. zákazu převedení nebo zajišťovací hypotéky) do evidence, v níž je nemovitost evidována. I zde se ukazuje právní rozdíl mezi vykonáním předběžného opatření, které začíná již úkony směřujícími k tomu, aby došlo k zápisu do katastru nemovitostí (srov. § 76c odst. 3 OSŘ) a vykonatelností vůči odpůrci, která vůči němu pravidelně nastupuje až doručením usnesení o nařízení předběžného opatření (srov. § 76d OSŘ). Na rozdíl od německého práva právo české a rakouské neumožňuje, aby prostřednictvím předběžného opatření došlo ke vzniku (zajišťovacího) zástavního práva na poškozené nemovi-

83

⁴⁴⁸ Předběžným opatřením lze uložit povinnost někomu jinému než účastníkovi jen tehdy, lze-li to na něm spravedlivě žádat.

⁴⁴⁹ Srov. § 304, 313 a 320 OSŘ.

⁴⁵⁰ König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 51.

⁴⁵¹ Srov. § 385 ve spojení s § 379 odst. 3 bodem 3 EO.

tosti.

V českém právu není třeba podávat zvláštní návrh na vykonání předběžného opatření (tj. zejm. podle § 251 a násl. OSŘ), neboť o vykonání se postará soud, který předběžné opatření vydá, a to jednak v součinnosti s katastrálním úřadem tím, že je na základě soudem *ex offio* zaslaného předběžného opatření proveden zápis do katastru nemovitostí,⁴⁵² jednak tím, že je „zajišťovací“ usnesení doručeno odpůrci, a tedy je zejm. neplatné jím učiněné právní jednání, kterým byla porušena povinnost uložená vykonatelným usnesením o nařízení předběžného opatření (srov. § 76f odst. 1 OSŘ). Výkon předběžného opatření tímto způsobem však není jakousi samozřejmostí. V Německu je zápis do pozemkových knih zásadně věcí navrhovatele arestu, resp. u předběžného opatření je iniciace zápisu z moci úřední pouze možností (nikoli nutnou povinností) soudu, odvislou od jeho soudcovského uvážení (§ 941 dZPO).

Pokud bylo výše zmíněno, že německé právo umožňuje zapsat do katastru k zajištění pohledávky navrhovatele zástavní právo (*Arresthypothek*), pak samotný tento zápis nezbavuje odpůrce možnosti s nemovitostí nakládat. To je výhodou oproti právu českému, které zajištění na nemovitosti zajišťovacím předběžným opatřením předvídá pouze zákazem jejího zcizení a zatížení, čímž v podstatě odpůrci znemožňuje např. nemovitost prodat a ze získaných prostředků navrhovatele uspokojit. Obdobně v případě zatímních předběžných opatření (např. v případech, kde jde o zajištění nároku na převedení nemovitosti) poskytuje německé právo možnost knihovního zápisu tzv. *Vormerkung*, která způsobuje, že jakýkoli zápis, který by s ní stál v rozporu, je vůči navrhovateli neúčinný (§ 883 a 885 BGB).⁴⁵³ Rovněž v Rakousku jsou účinky předběžných opatření zakazujících zatížení nebo převod nemovitosti upraveny odlišně, když knihovní zápis má vůči navrhovateli jen podmíněnou účinnost. Práva vzniklá z jednání odpůrce, která odporují zápisu, se vůči navrhovateli uplatní jen za podmínky, že dojde k „oduznutí“ jeho zajišťovaného nároku (např. v případě uspokojení zajišťovaného nároku z prodeje nemovitosti a zrušení předběžného opatření z tohoto důvodu pozbývá omezení kupujícího ve vztahu k navrhovateli opory). Jednání, kterými je nakládáno s nemovitostí a která předcházela zápisu po známky, však v Rakousku (oproti českému řešení, které více a dle mého názoru správně upřednostňuje navrhovatele) budou účinná a zápisy na jejich podkladě budou provedeny (§ 384 EO).⁴⁵⁴

Také ohledně v zákonné evidenci zapsaných i nezapsaných nemovitostí se jako možné předběžné opatření nabízí sekvestrace, přičemž výkon zde bude spočívat v odnětí držby a jejím „předání“ sekvestorovi.⁴⁵⁵

⁴⁵² Resp. reakci katastrálního úřadu na to, že příp. ze zákona pozbývá návrh na vklad práva týkajícího se nemovitě věci, o němž dosud nebylo příslušným orgánem pravomocně rozhodnuto, své právní účinky.

⁴⁵³ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 274.

⁴⁵⁴ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 67, 68.

⁴⁵⁵ Srov. Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, marg.

25.5 Výkon ohledně „jiných“ jednání

Konečně je třeba rozlišit předběžná opatření podle toho, zdali znějí na *příkaz anebo zákaz* (zdržení se) určitého jednání, na které nedopadají dosud výše rozebírané způsoby zajištění. Lze mít za to, že vykonávání předběžného opatření v rámci předběžného řízení je provedeno doručením usnesení o nařízení předběžného opatření odpůrci (v ČR bez zvláštního návrhu ze strany navrhovatele). Návrh na výkon rozhodnutí „*zdržovacího*“ předběžného opatření“ podle ustanovení § 251 a násl. OSŘ předpokládá, že až *po doručení* usnesení o nařízení předběžného opatření došlo k porušení povinnosti zdržet se určitého jednání.⁴⁵⁶ Pokud by k takovému zakázanému jednání došlo, bylo by třeba výkon (v úzkém slova smyslu) zajistit ukládáním pokut (viz § 351 OSŘ), případně pořádkovou vazbou (§ 890 dZPO). V případě uložení povinnosti k *provedení* určitého jednání nebo poskytnutí určitého plnění je za účelem výkonu třeba podat (zvláštní) návrh na výkon rozhodnutí⁴⁵⁷ tam, kde k aktivnímu jednání odpůrce nedojde *po doručení* usnesení o nařízení předběžného opatření (v pariční lhůtě) dobrovolně; v ČR klasicky půjde o příkaz platit stanovené výživné nebo pracovní odměnu.

25.6 Urychlení ve vykonávací fázi a možnosti analogie s exekučním řízením

Bylo by protismyslné, aby ve fázi vykonávání (výkonu) vznikaly průtahy, kterým se nařizovací část předběžného řízení snaží předejít. Urychlení postupu (na obecné teoretické úrovni) sledují zejm. následující prostředky, které jsou v různé míře využívány zkoumanými právními řády. Průtahům v první řadě čelí ustanovení, která předběžná opatření prohlašují za *okamžitě vykonatelná* nebo dávají příkaz k jejich okamžitému *vykonávání ex officio*. Lze tak zaznamenat odklon od zásady, podle které se výkon rozhodnutí nařizuje jen na *návrh* oprávněného (srov. § 261 odst. 1 OSŘ). Účel urychlení dále plní omezení případů, kdy je třeba nejprve vyžádat *doložku* vykonatelnosti (srov. § 929 dZPO) a dále se rovněž neklade požadavek na to, aby předběžná vykonatelnost předběžných opatření byla *výslovně ve výroku* rozhodnutí prohlášena (srov. § 162 odst. 2 OSŘ).⁴⁵⁸ Vykonávání rozhodnutí je leckdy připuštěno (ba nutno) již *před jeho doručení* odpůrci, a to nejen v případech, kdy se stává vykonatelné již vyhlášením (srov. např. § 76c odst. 3 OSŘ, § 919 odst. 3 dZPO).⁴⁵⁹

Již bylo naznačeno, že minimálně analogicky (resp. obdobně) budou použitelná, není-li zvláštního ustanovení v rámci vlastní úpravy předběžné ochrany, některá ustanovení

č. 1655.

⁴⁵⁶ Srov. Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, marg. č. 1654b.

⁴⁵⁷ Srov. Brox, H., Walker, W.-D. Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, marg. č. 1654a.

⁴⁵⁸ Srov. Damm, R. in Wassermann, R. Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung. München : Luchterhand, 1987, s. 2184, marg. č. 1.

⁴⁵⁹ Srov. také zvláštní předběžná opatření podle ZŘS.

upravující výkon rozhodnutí, ovšem s hlavním omezením, že vykonávání předběžných opatření směřuje „pouze“ k zajištění.

Z logiky věci to pro předběžné opatření, kterým je zakázána dispozice s prostředky na bankovním účtu, bude znamenat, že *analogicky* § 304 odst. 2 OSŘ povinnému nesmí být usnesení doručeno dříve než peněžnímu ústavu (srov. však znění § 76c odst. 2 OSŘ). V ČR je doručení, resp. odeslání usnesení bance (peněžnímu ústavu) předvídáno ve stejné lhůtě jako dlužníkovi (§ 76c odst. 2 OSŘ), což by však nemělo být vykládáno tak, že je nutné odeslat usnesení zároveň, tj. bance by usnesení mělo být odesláno s předstihem.

K efektivnímu výkonu předběžného opatření by neodmyslitelně měla patřit i možnost, že doručení rozhodnutí a jeho provádění, resp. výkon spadá vjedno (§ 750 dZPO). Obdobně výše uvedenému by tedy bylo teoreticky myslitelné, že se využije analogicky § 325 odst. 1 OSŘ, podle kterého se usnesení o zajištění movitých věcí doručí povinnému až při provádění výkonu (srov. však znění § 76c odst. 2 OSŘ). Nebyl-li by při provádění výkonu povinný přítomen, doručilo by se mu usnesení (předběžné opatření) spolu s vyrozuměním o tom, že byl proveden soupis a které věci byly sepsány. Uvedený postup by byl jen a pouze důsledkem nutnosti zachovat rychlost, moment překvapení a nezmařit zajišťovací kroky předčasným varováním povinného. Jak plyne z posledně uvedeného ustanovení, děje se tak i za cenu, že k *doručení dochází následně*. Možnost takto načrtnutého postupu je obecně logická a vlastní funkci předběžné ochrany, nicméně provedení je v rukou zákonodárce, příp. dotváření práva soudy. Takto myslitelný způsob výkonu však český právní řád podle mého názoru nepřipouští, tj. možnost výkonu mobiliárního zajištění se zachováním efektu překvapení se v ČR nejeví jako souladná s pravidly OSŘ. Jednak je zde požadavek na odeslání usnesení odpůrci (§ 72c odst. 2 OSŘ), jednak zde není předpisu, který by předvídal výkon *ex offio*, a konečně zde není ani zvláštní oprávnění soudu nařizujícího předběžné opatření směřující k vykonávání či výkonu předběžného opatření nad rámec jeho doručení odpůrci, tudíž i z hlediska soudní pravomoci bude nutné „povolat“ exekuční soud. Tyto časové prodlevy (navíc s tím, že již došlo varování odpůrce) mohou efektivitu předběžné ochrany výrazně podlomit, čemuž plně nezabrání ani případně uložený současný zákaz movitou věc převést, neboť jím není dotčeno jak výše zmíněné faktické nebezpečí, tak ani vyloučení dobrověrného nabytí třetí osobou.⁴⁶⁰ Jak patrné, v tomto případě tedy *analogie* možná nebude.

Ve vztahu k výše uvedeným dvěma případům (příkladům) je v Německu předvídáno jak přednostní doručení bance (peněžnímu ústavu), tak doručení až při mobiliárním zajištění, resp. poté. V Rakousku není doručení bance zvláště upraveno, využití mobiliárního zajištění je však v rámci předběžného řízení výslovně zapovězeno (srov. § 379 odst. 4 EO), což jistě v důsledku kontinuity mluví pro výše prezentované (shodné) řešení výkonu předběžného opatření na zajištění movitých věcí (byť na úkor efektivity).

⁴⁶⁰ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 275.

25.7 Odlišení fáze nařízení a výkonu, resp. vykonání předběžného opatření

Je překvapující, že o *odlišení* nařizovací a vykonávací fáze předběžného řízení se v české procesualistické literatuře téměř nic nedočteme.⁴⁶¹ Přitom provedení tohoto odlišení je v jiných právních řádech chápáno jako zcela nezbytné k pochopení institutu předběžné ochrany. Jde o obdobné dělení, jaké v ČR známe v rámci rozlišení na nalézací a vykonávací řízení, což nepochybně patří k základům českého procesu.

85

Příklad:

Historicky a komparativně lze rozdílnost mezi nařízením a vykonáním předběžného opatření přesvědčivě doložit na příkladu personálního arestu. Pokud byl arest nařízen, bylo na navrhovateli, zda jej nechá vykonat (což leckdy předpokládalo složení částky na výživu odpůrce ve vazbě). Podařilo-li návrh na výkon, dojde k vydání příkazu k zajištění, který opravňuje vykonavatele ke všem opatřením nutným k vzetí povinného do vazby.⁴⁶²

Zvláště v rakouském okruhu práva dochází k zavádění prvků *ex offio* výkonu předběžných opatření a paralelně k jakémusi *funkčnímu propojení*, neboť kroky, které znamenají vykonání (vykonávání) předběžného opatření, jsou prováděny začasťe nikoli exekucním soudem, ale soudem, který předběžné opatření vydal. Tím má být a také je zajištěno potřebné zrychlení procesu předběžné ochrany. Takové propojení nařízení a výkonu se stává patrné již z návrhu na vydání předběžného opatření, resp. navazujícího rozhodnutí soudu. Např. navrhovatel označí v návrhu na vydání předběžného opatření bankovní konto dlužníka, které má být obstateno, což se doručením předběžného opatření bance i stane. Tím je předběžné opatření vykonáno; paralelně je zákaz dispozic s kontem též doručován dlužníkovi, což však nic nemění na účinném nuceném „zajištění“ bankovního konta. Vykonání je úplné, neboť nad tento uvedený rámec není jakékoli další vykonávací opatření přípustné, tj. zejm. není přípustné, aby došlo k vyplacení prostředků ze zajištěného konta věřiteli (navrhovateli). Usnesení o nařízení takto znějícího předběžného opatření tedy v části směřující vůči bance nemůže sloužit a neslouží jako exekuční titul podle § 251 a násl. OSŘ.⁴⁶³ Z výše uvedeného plyne, že vykonání je provedeno v rámci dovršení procesu předběžné ochrany. Je zde však zachováno právní rozlišení v tom, že doručením zákazu výplaty pohledávky poddlužníku je předběžné opatření vykonáváno, navrhovatelovo právo je účinně zajištěno (ostatní příkazy se poddlužníka netýkají), a na druhou stranu doručením v tomtéž usnesení obsaženého zákazu pohledávku inkasovat nebo s ní jinak

⁴⁶¹ Srov. např. Salač, J. in Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. Část první. Řízení nalézací. 7. vydání. Praha : Linde, 2014, s. 320–327.

⁴⁶² Přitom se však – s ohledem na uvedený příklad – později začíná připouštět, aby se příkaz k zajištění osoby odpůrce ve smyslu určení, zda půjde o vazbu, odnětí pasu, domácí vězení atp., spojil již s nařízením personálního arestu; pak však už stačí se obrátit na soudního vykonavatele, aniž by bylo třeba dalšího nařizovacího úkonu. Srov. Palm, U. in Klevevan, D. (ed.) Anwalts-Handbuch Einstweiliger Rechtsschutz. 2. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2013, s. 94.

⁴⁶³ Svým obsahem se ostatně překrývá se zákazem předvídaným např. v § 304 odst. 1 OSŘ.

disponovat, je příkaz nejen vykonatelný, ale i vykonávaný vůči odpůrci⁴⁶⁴ (i zde je totiž jakýkoli další výkon ve smyslu § 251 a násl. OSŘ těžko představitelný). Nad uvedený rámec doručení odpůrci zakládá i účinnost samého „nařízení“ předběžného opatření vůči odpůrci.

Nedostatek uvedeného rozlišování v oblasti předběžných opatření je zřejmě důsledkem přetržené historické tradice a dále jde o důsledek zákonné úpravy, která neuvádí, jaké předpisy na tento výkon použít, resp. jakým způsobem (např. obdobně, přiměřeně, resp. s jakými odchylkami, atp.). OSŘ o zvláštních ustanoveních o výkonu, resp. vykonávání předběžných opatření výslovně nemluví, není zde jasná dělící hranice od jiných procesních pravidel (zejm. pokud jde o úpravu doručování). Lze však vysledovat, a to podle jejich povahy, zvláštní ustanovení o vykonávání předběžných opatření „skrytá“ v § 76c odst. 3 a § 76f OSŘ. Ze zákona samého lze rovněž učinit rozlišení v tom směru, zda se o vykonání předběžného opatření postará *soud* nařizující předběžné opatření sám (těž v *součinnosti* s jinými vrchnostenskými orgány), případně je-li vykonání dáno již doručením rozhodnutí o předběžném opatření odpůrci (třetí osobě), anebo je za účelem jeho vykonání, resp. výkonu nutné podat *návrh* na výkon rozhodnutí (exekuční návrh).

86

Demonstrovat možné kombinace výkonu lze též na příkladu, kdy je požadováno zajištění na nemovitosti odpůrce. Zde je seznatelné historicky a komparativně podmíněné rozlišení, kdy výkon usnesení o zajištění nemovitosti je v dispozici navrhovatele (např. vlastním doručením předběžného opatření knihovnímu soudu), nebo je vykonání provedeno „automaticky“ soudem (rakouský model) anebo je zde kombinace (navrhovatel požádá soud nejen o nařízení, ale současně i o výkon). Uvedené možnosti propojování fáze nařízení a výkonu předběžného opatření by měly být zákonodárcem přesně vyhodnoceny. V českém právním řádu představuje vhodnou alternativu „automatického“ výkonu např. § 497 ZŘS ve vztahu k předběžným opatřením, aby nezletilé dítě bylo předáno do vhodného prostředí. Oproti tomu postižení movitých věcí, kterým se podrobně zabývá výše (viz marg. č. 81), podobnou efektivitu v ČR postrádá.

Na tomto místě lze uzavřít, že je nutné i v rámci předběžného řízení odlišovat fázi nařízení a vykonávání předběžných opatření (byť nepůjde o výkon v užším slova smyslu). Ze speciálních ustanovení v rámci předběžné ochrany však lze pro některé případy dovozovat zvláštní funkční propojení nařízení a způsobu výkonu, které je bližší rakouskému a českému, oproti německému právnímu řádu. Tím bychom však neměli na rozlišení rezignovat. *De lege ferenda* by možnosti propojování fáze nařízení a výkonu předběžného opatření měly být zákonodárcem přesně vyhodnoceny.

⁴⁶⁴ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 268.

26. Procesní zvláštnosti ve prospěch odpůrce

V předešlých částech (zejm. marg. č. 58 a násl.) bylo pojednáno o zvláštnostech předběžného řízení, jejichž primárním účelem je zrychlení řízení, překvapení odpůrce apod., tedy v podstatě o zvláštnostech, které zákonodárce přijal (připustil) ve prospěch navrhovatele, a to ve snaze poskytnout mu oproti „běžnému“ nalézacímu řízení rychlou efektivní ochranu ve vztahu k jeho tvrzenému právu.

Ze všech možných *pohledů* nepřipadá v úvahu nic jiného, než že uvedená, ve prospěch jedné strany přijatá „zvýhodnění“, byť věcně odůvodněná, avšak přijatá se zvýšeným rizikem chybovosti rozhodnutí a leckdy znamenající okamžitý zásah do právní sféry odpůrce, musejí být procesněprávně i hmotněprávně nějakým způsobem „odčiněna“, včetně toho, že pomínou, jsou zmírněna anebo alespoň následně kompenzována.⁴⁶⁵ Uvedenými pohledy může být jak ústavněprávní perspektiva (rovnost před soudem, spravedlivý proces atd.), procesní zásady civilního procesu (budiž slyšena druhá strana, rovnost zbraní, právo na odvolání atp.), tak sama logika věci (rozumné, vyvážené uspořádání poměrů a rizik). Kontinentální i common law právní řády instituty „protivah“ ku prospěchu odpůrce dobře znají. Jejich provedení má řadu období (např. právo na náhradu předběžným opatřením vzniklé škody), ale i odlišností, které spočívají v procesním uzpůsobení, avšak např. též v absenci některých nástrojů „brzd a protivah“ (např. omezení vykonatelnosti předběžného opatření zákonem předvídanou lhůtou). To pak pochopitelně může vyvolávat otázky co do dostatečnosti právní úpravy, ale i co do její ústavní konformity.

V dalším textu se zaměřím na ty instituty předběžného řízení, které z pozice odpůrce znamenají hlavní rizika (zejm. chybného rozhodnutí a nedůvodného zásahu do jeho právní sféry) a dále pak způsoby jejich „kompenzace“. Za hlavní příčiny zvýšeného rizika „neoprávněného“ zásahu do právní sféry odpůrce lze považovat tyto eventuality předběžného řízení:

absenci jednání, příp. jakéhokoli slyšení odpůrce a
možnost pouhého osvědčení oproti plnému důkazu.

Ad 1: Tato eventualita bezesporu odnímá odpůrci samotnou *možnost* působit svými přednesy a návrhy na soud („používat procesní zbraně“). Jednostranné řízení, ve kterém je vydáno rozhodnutí, o němž se odpůrce z pohledu zákona dovídá jeho doručením (vyhlášením na místě) nebo dokonce již ve fázi jeho vykonávání či výkonu (srov. marg. č. 84), přímo „volá“ po procesní nápravě ve prospěch odpůrce, či dokonce po posílení jeho pozice, nikoli jen jejímu „narovnání“ tím, že mu možnost slyšení bude poskytnuta následně.⁴⁶⁶ V této souvislosti je zdůrazňováno, že absentující slyšení odpůrce je třeba jednak napravit co nejrychleji a jednak stále ještě v okamžiku, ve kterém ještě rozhodnutí není neměnné.⁴⁶⁷ Současně je třeba vnímat i přístup, přijatý

⁴⁶⁵ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 276.

⁴⁶⁶ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 282.

⁴⁶⁷ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren.

ESLP, kdy absentující slyšení odpůrce je třeba vždy jako výjimku z pravidla (práva na *fair trial*) odůvodnit (srov. marg. č. 69).

Ad 2: Tato eventualita pro navrhovatele představuje zejm. v první fázi, tj. v době, kdy nejsou konfrontována jeho tvrzení a osvědčení s těmi odpůrce, bezesporu procesní ulehčení. Je však třeba vidět, že v okamžiku „vstupu“ odpůrce do procesu, platí také pro něj „pouze“ povinnost osvědčovat. Pokud by toho soud nedbal a ve smyslu této zásady nepostupoval, jednalo by se o „trestuhodné“ porušení procesní rovnosti stran. V kombinaci s eventualitou ad 1 je navrhovateli do rukou, byť věcně důvodně, dávána velmi silná procesní zbraň. Ta se z *ex post* pohledu, tj. nalézacího soudu ve věci samé, může jevit jako neprávem využitá. I v případě „paralelního“ slyšení odpůrce však nelze odhlédnout od zásahu, který do doby, než je v dalším průběhu předběžného řízení osvědčena důvodnost jeho obrany, resp. do doby, kdy byla žaloba shledána nedůvodnou, zatěžuje toliko odpůrce. Riziko *ex post* zjištěné nedůvodnosti předběžného opatření jde tak na vrub právě odpůrce. K tomu lze dodat, že riziko – *ex post* nahlíženo – nevydání vyhovujícího rozhodnutí ohledně důvodného návrhu na vydání předběžného opatření,⁴⁶⁸ je ve prospěch navrhovatele minimalizováno právě tím, že mu zásadně stačí skutečnosti toliko osvědčit (nikoli prokázat).

Lze mít za to, že uvedené zbraně navrhovatele mají být aktivovány, jen je-li to nutné, tj. pokud to vyžadují okolnosti daného případu. Jinak by odpůrci ještě před „padnutím“ rozhodnutí měla být dána možnost být slyšen (ad 1) a osvědčit svá tvrzení (ad 2).

Výše uvedené výhody, které zákonodárce vědomě i se všemi riziky dává navrhovateli k dispozici, *opravňují* navrhovatele, aby jich využil, avšak *na vlastní nebezpečí*. Toho si navrhovatel musí být dobře vědom. Musí počítat s tím, že neoprávněné využití mimořádných prostředků předběžné ochrany pro něj může znamenat těž *zostřenou odpovědnost*. Navrhovatele bude tížit odpovědnost za to, že *nevyčkal* výsledku řádného řízení a zvolil zrychlenou cestu předběžného zásahu do právní sféry odpůrce, a to včetně případného „předčasného“ exekučního vymáhání předběžným opatřením přiznaného nároku. Uvedené není nikterak samozřejmé, pokud uvážíme, že zásah je – po odstranění svémocného řešení – aprobovaný soudem.⁴⁶⁹

87

Ve prospěch odpůrce upravují jednotlivé právní řády „prostředky nápravy“, které mají zejména kompenzovat výše uvedená specifika (zdroje rizik) předběžného řízení ve prospěch navrhovatele. Děje se tak však s různou mírou intenzity. Ze zmíněných prostředků se dále samostatně zabýváme právem na náhradu škody, odporovým řízením, jistotami skládanými navrhovatelem i odpůrcem, vynucením podání žaloby ve věci samé, zrušení předběžného opatření z důvodu změny okolností, nepřipustnosti výkonu předběžného opatření a možnostmi preventivní obrany proti předběžnému opatření.

Tübingen : Mohr, 1993, s. 281.

⁴⁶⁸ Zejm. tam, kde přes patrné nebezpečí nebyl osvědčen zajišťovaný nárok.

⁴⁶⁹ Srov. Baur, F. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967, s. 99.

27. Právo odpůrce na náhradu škody

27.1 Právo na náhradu škody – obecné úvahy

Škála prostředků, které procesní předpisy dávají k dispozici ve prospěch odpůrce, aby byly pokud možno co nejvíce odvráceny (předejity) proti odpůrci směřující „neoprávněná“ opatření, resp. jejich důsledky, končí tam, kde již nelze pozici odpůrce chránit jinak než prostřednictvím *práva na náhradu škody (újmy)*. Víc než kdekoli jinde zde platí, že procesní předpisy *opravňují* navrhovatele, aby využil institutu předběžného opatření, avšak tzv. *na vlastní nebezpečí, a to též pod rizikem zostřené odpovědnosti* (srov. marg. č. 87). Zakotvení práva na náhradu škody tvoří prakticky neodmyslitelnou součást právních úprav předběžných opatření.⁴⁷⁰ Cíl právní úpravy lze spatřovat jak ve snaze vyvážit procesní znevýhodnění odpůrce,⁴⁷¹ tak ve snaze o nahrazení škod, které vzniknou z vykonání⁴⁷² nebo šířeji nařízení či existence předběžného opatření.^{473, 474}

88

Zakotvení práva na náhradu škody může být *co do základu* konstruováno bez ohledu na zavinění (např. § 945 dZPO po novele z roku 1898, § 394 EO), s ohledem na něj (např. v různé míře americká předběžná opatření), resp. obdobně „konstrukčně“ lze vyžadovat či nevyžadovat protiprávnost jednání na straně navrhovatele, jakož i stavět do základu odpovědnosti zohlednění jistých kritérií, která navrhovatele liberují (např. § 77a OSŘ). Přes základní konstrukci odpovědnostní skutkové podstaty však mám za to, že „odpovědnostní klauzule“ podléhá *výkladu* (zejm. ve smyslu teleologického) a nelze ji vidět zcela *izolovaně* od ostatních ustanovení právního řádu, a to včetně těch hmotněprávních, upravujících náhradu škody. To zvláště zdůrazňují, protože tento aspekt výrazně modifikuje prvotní náhled na český zákonný text.

V jiném ohledu lze *skutkovou podstatu* zakládající právo na náhradu škody konstruovat jako *výčetovou* co do případů, ve kterých právo náleží (např. § 945 dZPO, § 394 EO), nebo *negativní* v tom smyslu, že právo náleží ve všech případech, kromě těch výslovně vyjmutých (např. § 77a OSŘ). Posléze zmíněná legislativní technika však vyvolává jistá nebezpečí, která bude třeba odstranit výkladem (viz níže).

Lze se ptát po tom, jaká je povaha nároku na náhradu škody, který se vyskytuje v kontextu předběžných opatření a bývá z důvodu tematické souvislosti upravený v procesních předpisech (§ 77a OSŘ, § 945 dZPO, § 394 EO). Přes systematické zařazení jde o *hmotněprávní* nárok na náhradu škody.⁴⁷⁵ Vydané předběžné opatření

89

⁴⁷⁰ Absenci institutu v OSŘ, trávající až do 31. 3. 2005, lze označit za kuriózní.

⁴⁷¹ Založené možnosti navrhovatele toliko osvědčit a možnosti pouze jednostranného slyšení, které se promítají do zvýšeného rizika chybovosti předběžného rozhodnutí.

⁴⁷² Tak § 945 dZPO.

⁴⁷³ Byť původ těchto škod nespočívá ve sníženém standardu procesních možností odpůrce.

⁴⁷⁴ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 291.

⁴⁷⁵ Shodně Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 2068; Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2461; jinak Winterová, A. in Škaro-

zasahuje do hmotněprávní sféry odpůrce a na nahrazení škody (újmy) právě v ní vzniklé zvláštní ustanovení cílí. Děje se tak přitom na základě *zvláštního druhu odpovědnosti*, zpravidla konstruované jako bez ohledu na zavinění, ba dokonce bez ohledu na porušení právní povinnosti,⁴⁷⁶ k otázce „neoprávněnosti“ předběžného opatření viz níže. Zvláštní právní úpravu si tento nárok na náhradu škody zasluhuje, a to z důvodu specifičnosti spočívající v tom, že jde o zásah podložený soudním rozhodnutím. V dobách, kdy nebyla vyloučena svémoc tam, kde dnes zákonodárce vyžaduje využití procesního prostředku (zapojení soudu), odehrával se vztah „sporných stran“ jen v hmotněprávní sféře. Příbuzným nárokem na náhradu škody je ten, který vyplývá z využití možnosti předběžné vykonatelnosti rozsudku (např. § 162 OSŘ). V českém právu však zvláštní odpovědností klauzule pro tento případ není zakotvena, takže se vychází ze zásad materiálněprávního obnovení původního stavu.⁴⁷⁷

Výše bylo naznačeno, že odpovědnost k náhradě škody v kontextu předběžných opatření není možné posuzovat jako izolovanou (absolutně samostatnou) část právního řádu. Stejně tak nelze mít ve zkoumaných právních řádech tuto odpovědnost za *komplexně* – v rámci procesního předpisu – upravenou. Tím se stává otázka, jak posuzovat dílčí aspekty odpovědnosti k náhradě škody v kontextu předběžných opatření, které ze zvláštní úpravy nevyplývají, příp. do jaké míry připustit aplikovatelnost institutů typu spoluzavinění oprávněného atp. V tomto ohledu mám za to, že v rámci jednoty právního řádu se uplatní jak „vývody“ (standards) platné (traktované) pro *dílčí předpoklady* nároku na náhradu škody (např. ohledně aspektu příčinné souvislosti či rozsahu škody), tak jiné použitelné (zvláštní úpravou nevyloučené)⁴⁷⁸ *dílčí aspekty* úpravy náhrady škody, za které považuji zejm. spoluzavinění oprávněného, povinnost k předcházení škod, ale i obecnou restituční funkci náhrady škody.

Jak německé, tak rakouské právo v textu odpovědnostní klauzule explicitně operuje s termínem „*neoprávněně*“ (*ungerechtfertigt*). „Neoprávněnost“ leží v obou právních řádech v základech zvláštní odpovědnosti. Stejně tak v americkém právním řádu je intenzivně pracováno s myšlenkou „neoprávněnosti“ předběžného opatření a také v USA je tento stavební kámen zkoumané odpovědnosti *předmětem nejednoznačného výkladu*. Český OSŘ „neoprávněnost“ nezmiňuje, skutkovou podstatu zakládající právo na náhradu škody zakotvuje „negativním vymezením“ a konečně k výkladu „odpovědnostní klauzule“ nelze najít jediný záchytný bod ve smyslu úvah, kterými byl zákonodárce při přijetí úpravy veden.⁴⁷⁹ Vzhledem k naposledy uvedenému se

vá, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 154 („jde o procesní nárok“).

⁴⁷⁶ König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 147; Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2461.

⁴⁷⁷ Srov. Hrnčířik, V. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. *Občanský soudní řád. Komentář*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 569, 570.

⁴⁷⁸ Což se v ČR týká např. otázky promlčení nároku na náhradu škody.

⁴⁷⁹ Tato skutečnost se odvíjí již od „zavedení“ § 227 odst. 4 OSŘ 1950, který obsahoval podobnou odpovědnostní klauzuli. Současná úprava náhrady škody (§ 77a OSŘ), ale např. i související jistoty k zajištění náhrady škody se do návrhu zákona dostává až v Poslanecké sněmovně ve druhém čtení jakožto „komplexní“ pozměňovací poslanecký návrh. Ve třetím čtení se k němu zpravodaj vyjadřuje tak, že nebyl podroben ja-

naznačené otázky kladou o to naléhavěji a česká právní úprava vyžaduje o to intenzivnější interpretaci. Ta s ohledem na zachování ratia právní úpravy bude mít vzhledem k formulaci § 77a OSŘ spíše zužující (odpovědnost omezující) charakter. Obecně mám za to, že česká právní úprava není a z pohledu ústavněprávního nesmí být odtržena od materiálněprávních hledisek, takže i na první pohled zcela formálně konstruovaná skutková podstata § 77a OSŘ nese ve svém skrytém jádru myšlenku „neoprávněnosti“, kterou je třeba při posuzování předpokladů nároku na náhradu škody zohlednit. Též s pomocí tohoto kritéria lze správně zodpovědět otázku, ve kterých případech navrhovatel ponese odpovědnost k náhradě škody a kdy naopak správný (zejm. racionální a ústavněkonformní) výklad nedovolí formalistické (mechanické) připisování (přisuzování) vzniku škody navrhovateli, resp. jeho odpovědnost bude omezena. Neoprávněnost se přitom nerovná *protiprávnost*. Zcela v souladu s právními předpisy vydané předběžně opatření se může dobře ukázat neoprávněným (např. tam, kde nárok bude možné osvědčit, nikoli však později prokázat).

Konečně se na obecné úrovni můžeme zabývat otázkou, v jakém *procesním rámci* a podle jakých *zásad* projednávat nárok na náhradu škody, způsobenou předběžným opatřením. V úvahu přichází jednak projednání v rámci řízení o vydání předběžného opatření, resp. v jeho procesním rámci⁴⁸⁰ (tak lze charakterizovat rakouskou úpravu⁴⁸¹), nebo v rámci samostatného žalobního řízení (ČR a zásadně Německo).

Dále se nabízí otázka buď použití zásad vlastních předběžnému (sumárnímu) řízení (např. použití osvědčování ve vztahu k nároku na náhradu škody⁴⁸²), anebo použití obvyklých standardů nalézacího řízení. V konkrétních úpravách je zpravidla využito určitých kombinací uvedených možností. Rakouská cesta „samostatného řízení sui generis“ (podle § 394 EO), které přiléhavě označuje jako sumární (!) řízení,⁴⁸³ vytváří podle mého názoru příliš dalekosáhlou výjimku ve smyslu historické snahy překonat sumární řízení, ve kterých je zejména uplatněním toliko osvědčovací zásady snížen standard procesních práv bez možnosti nápravy v plnohodnotném řízení.⁴⁸⁴

Na rozdíl od koncepce amerických předběžných opatření se ve zkoumaných „přibuzných“ právních řádech neuplatní *omezení výše odpovědnostního nároku na náhradu*

kékoli diskuzi, rozpravě atp. (cit. zpravodaje): „Jedná se o předběžná opatření. Troufám si tvrdit, že v této Sněmovně je jen několik málo lidí, kteří vůbec přesně vědí nebo alespoň tuší, o co se jedná, a myslím si, že taková změna, byť by byla správná, a já mám jenom některé dílčí pochybnosti, tak že není správné projednávat ji touto formou, že je podána jako pozměňovací návrh zde na plénu, není podrobena žádné debatě, žádné oponentuře a jednoduše je přijímána tak, že drtivá většina tohoto sálu hlasuje, aniž tuší o čem.“

⁴⁸⁰ Tak je v Německu projednáván nárok na náhradu škody z předběžně vykonatelného rozhodnutí, nikoli však obecně z předběžného opatření.

⁴⁸¹ Rakouská právní úprava předvidá náhradu škody (skutečné škody a ušlého zisku) v rámci § 394 EO, avšak v jiná (imateriální) újma má být odškodněna v rámci běžného pořadu práva.

⁴⁸² Tak pro rakouský proces dovozuje např. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 160.

⁴⁸³ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 158; Kodek, G. in Apathy, P. a kol. (ed.) Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag. Wien : Jan Sramek, 2010, s. 1185.

⁴⁸⁴ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 160, podle kterého i s odvoláním na OGH postačí skutečnosti zakládající nárok v řízení podle § 394 EO toliko osvědčit.

škody. V USA je omezení výše odpovědnostního nároku na náhradu škody vázáno např. na výši soudem nařízené (složené) kauce; tato zásada však dozrává modifikací tam, kde lze navrhopateli připsat kvalifikovaný stupeň zavinění.

Nárok na náhradu škody je možné obecně koncipovat jako nárok podléhající *promlčení* (např. § 394 EO ve spojení s § 1489 ABGB), anebo konstruovat jeho plynutím času podmíněnou *prekluzí* (§ 77a odst. 2 OSŘ).

27.2. Právo na náhradu škody – případy uplatnění

Začneme tím, že vezmeme v úvahu, jaké *důvody* budou zdrojem „nesprávnosti“ předběžného opatření a v jakých *případech* se nesprávnost projeví. Současně je přitom nutno zvážit časový aspekt, neboť změna poměrů vedoucí ke zrušení předběžného opatření vyžaduje (zejm. s ohledem na § 77a OSŘ) zvláštního posouzení.

První v úvahu přicházející důvod vzniku práva na náhradu škody bude dán v případě, kdy selhala justifikace zajišťovaného práva⁴⁸⁵ a současně justifikace nebyla možná *ex tunc*.⁴⁸⁶ Tento případ *počáteční neexistence zajišťovaného nároku*⁴⁸⁷ je nejtypičtějším důvodem vzniku práva na náhradu škody. Nebude pochyb o tom, že vydané předběžné opatření, resp. omezení z něj plynoucí, se dostaly do rozporu s hmotněprávní situací, do které „neoprávněně“ zasáhly. Vydané předběžné opatření tedy lze *zpětně* nazírat jako nesprávné („neoprávněné“). Zpětně znamená především z pohledu soudu, který bude rozhodovat o uplatněném nároku na náhradu škody.

90

Je však (zejm. z pohledu znění § 77a OSŘ) otázkou, zdali jde o nesprávné předběžné opatření i tam, kde existující zajišťovaný *nárok odpadne* až po vydání předběžného opatření, avšak aniž by došlo k uspokojení navrhovatele. Tato situace jistě znamená *změnu poměrů* (spadá pod § 77 odst. 2 OSŘ), a nejde tedy dle mého názoru o nesprávné předběžné opatření. Z pohledu zákonného znění § 77a OSŘ by ovšem mohlo vyplývat, že rovněž zrušení předběžného opatření z důvodu změny poměrů je situací, ve které odpůrci vzniká nárok na náhradu škody. Takový výklad však nelze mít za správný. I ze zpětného pohledu totiž bylo vydání předběžného opatření správné (oprávněné). Následná změna poměrů by tedy neměla znamenat vznik *zpřísněné* odpovědnosti navrhovatele k náhradě škody (ve smyslu § 77a OSŘ). Případná škoda ostatně ani není důsledkem oněch charakteristik předběžného řízení, jejichž kompenzaci zvláštní ustanovení o náhradě škody sleduje, pokud je v jejich důsledku vydáno nesprávné předběžné opatření. Z hlediska nároku na náhradu škody je tak podstatné, zda předpoklady vydání předběžného opatření byly či nebyly objektivně dány právě *v okamžiku jeho vydání*.

⁴⁸⁵ Návrhu ve věci samé nebylo vyhověno, resp. zajišťované právo bylo jinak „oduznáno“.

⁴⁸⁶ V opačném případě by ve smyslu § 77a OSŘ zásadně došlo k uspokojení práva navrhovatele.

⁴⁸⁷ Případně právního poměru, ze kterého lze takový nárok dovodit (srov. § 74 a 102 OSŘ, § 940 dZPO).

Příklad:

Předběžné opatření je zrušeno pro změnu poměrů, neboť u osoby odpůrce nastane následná možnost plnění (zajišťovaného nároku), takže žalobci nezbyde než vzít žalobu zpět (jeho žaloba by jinak byla zamítnuta a uspokojení se mu také nedostalo). Sám o sobě není tento důvod zrušení dostatečný pro vznik nároku na náhradu škody.

Jinak než uvedeno v předcházejícím odstavci tomu však bude tam, kde „zajišťovaný“ nárok odpadne v důsledku *námitky promlčení* (resp. obdobné námitky, pro kterou soud žalovaný nárok nepřizná). Právě okolnost, že odpůrce v předběžném řízení před vydáním rozhodnutí nebyl slyšen, je pravidelným důsledkem toho, že nemohl uplatnit svou „trvajicí“ námitku promlčení. Jestliže jí uplatní později v řízení ve věci samé nebo v rámci předběžného řízení (jakmile je do něj „vtažen“), je oprávněn žádat náhradu způsobené škody, neboť ta má právě svůj původ ve zvláštnostech předběžného řízení.

Obdobně bude třeba posuzovat případ, kdy je v důsledku pozdního slyšení odpůrce vyloučena jeho „okamžitá“ *kompenzační námitka*. I zde došlo k realizaci rizika vlastního předběžného řízení. Soud postupoval správně, avšak bez možnosti posoudit validitu (k okamžiku nařízení předběžného opatření uplatnitelné) kompenzační námitky, kterou by odpůrce jinak uplatnil, v důsledku čehož by se již zajišťovaná pohledávka nejevila osvědčenou (resp. zajišťovaný nárok existentní). I v tomto případě lze říci, že justifikace nebyla možná *ex tunc* (a contrario nemožnosti justifikace v důsledku následné změny okolností), došlo k zpětně působícímu odpadnutí nároku,⁴⁸⁸ a tedy navrhovatel bude za případně vzniklou škodu odpovědný.

Jinak tomu však oproti uvedenému případu bude tam, kde přes správnost původního předběžného opatření došlo k singulární nebo univerzální sukcesi, v důsledku které odpůrce získal pohledávku, na kterou nyní navrhovatel může zajištěný nárok započíst, tj. došlo ke *změně poměrů* odůvodňující a vedoucí ke zrušení předběžného opatření, neboť „odpadá“ zajišťovací důvod. Tento důvod zrušení předběžného opatření nebude sám o sobě zakládat právo odpůrce na náhradu škody. Příklad je ostatně plně hodnotově srovnatelný, a tedy neodůvodňuje odlišné posuzování s případem, kdy odpůrce s takto získanou pohledávkou provede „následné“ započtení, takže žalobce v hlavním řízení nebude úspěšný; zde však i z hlediska doslovného výkladu § 77a odst. 1 OSŘ bude právo navrhovatele uspokojeno, takže nárok na náhradu škody již podle doslovného zákonného znění nevzniká.

V jistém protikladu stojí případ, kdy navrhovatel *zajišťovaný nárok získá až po vydání* předběžného opatření. Vydání předběžného opatření zde nebylo pro nedostatek zajišťovaného nároku oprávněné, a byla-li odpůrci v důsledku toho způsobena škoda, bude náhrada škody nárokovatelná.⁴⁸⁹ I z tohoto příkladu vyplývá důležitost posuzování

⁴⁸⁸ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 266.

⁴⁸⁹ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 266.

relevantního časového momentu *k okamžiku vydání předběžného opatření*.⁴⁹⁰

Druhým typickým důvodem „nesprávnosti“ předběžného opatření bude *chybějící důvod zajištění*: O chybějící důvod zajištění půjde ze zpětného pohledu tam, kde relevantní obava ohledně ohrožení, resp. nebezpečí nebyla dána.⁴⁹¹ Je však o vysoce spornou otázkou, zda posuzovat nedostatek tohoto předpokladu stejně, jako je tomu v případech neexistujícího zajišťovaného práva (srov. marg. č. 90). Na věc lze mít dvojí náhled. V případech, kdy je zajišťované právo v hlavním řízení zjištěné jako po právu (přiznané), avšak v důsledku prodlení (neplnění) dlužníka byl věřitel nucen podat žalobu, bylo by dosti paradoxní, kdyby byl věřitel nucen hradit odpůrci škody, které mají prapůvod v odpůrcově vlastním jednání jen proto, že věřitel žádající a soud vydávající předběžné opatření měli ohrožení za dostatečné. Má tedy jít o nahraditelnou škodu i tam, kde její vznik má (pra)původ v chování odpůrce? Přestože § 77a OSŘ je na takový případ podle svého znění použitelný (což v zásadě bude platit i pro § 945 dZPO, nebudeme-li s ohledem na jeden směr výkladu možná subsumpce pod termín „neoprávněný“), nepůjde bez dalšího o nahraditelnou škodu.

91

Příklad:

Soud prvního stupně vyhoví návrhu na zdržení se nekalosoutěžního jednání, avšak soud druhého stupně návrh zamítne, neboť nebude mít za osvědčené, že odpůrce právo navrhovatele skutečně ohrožuje. V mezidobí vznikla odpůrci škoda (ušlý zisk), neboť nepokračoval ve svém hospodářsky výnosném jednání. Pokud však ve věci samé byl nárok žalobce shledán od počátku po právu, bylo by dosti paradoxní (hodnotově protismyslné), kdyby byl žalovaný nekalý soutěžitel odškodňován za to, že v mezidobí neměl možnost pokračovat ve svém nekalosoutěžním jednání.

Předběžné opatření bylo vydáno zcela oprávněně, neboť odpůrce se zbavoval majetku s úmyslem zmařit exekuci ohledně existující pohledávky navrhovatele. *Následně* zajišťovací důvod odpadl, neboť odpůrce např. navrhovateli zajistil dostatečné hmotněprávní zajištění. Samo zrušení předběžného opatření pro změnu poměrů bez dalšího nevyvolá odpovědnost navrhovatele k náhradě škody.

Z jiného pohledu však lze klást důraz na předběžnou vykonatelnost předběžných opatření, která nejsou bez existence zajišťovacího důvodu. Pokud by zde tento zajišťovací důvod nebyl, pak jde využití předběžné vykonatelnosti na vlastní nebezpečí (odpovědnost) navrhovatele. Tento v Německu i Rakousku zřejmě převažující pohled, tj. „neoprávněné“ předběžné opatření bezesporu tam, kde chyběl zajišťovací důvod, byť zajišťovaný nárok je dán,⁴⁹² však jednotliví autoři rovněž pro jednotlivé případy

⁴⁹⁰ Byť tento moment není v § 77a OSŘ výslovně uveden a opět by se z čistě formálního znění tohoto ustanovení mohlo zdát, že náhrada škody by odpůrci neměla náležet, neboť žalobce po získání nároku bude ve věci hlavní zřejmě úspěšný.

⁴⁹¹ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, § 945, marg. č. 22.

⁴⁹² Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E. Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 1272.

limitují. Kupř. požadavkem zavinění navrhovatele,⁴⁹³ nebo tím, že připouští, že nárok na náhradu škody odpadne, ukáže-li se oprávněným (zajišťovaný) nárok na *zdržení* se určitého jednání⁴⁹⁴ atp.

Oba pohledy „mají něco do sebe“. Zcela konsekventní lpění na každém z nich je způsobilé v jednotlivém případě přinášet těžko obhajitelné, ba dokonce neúnosné důsledky. Proto se zdá být přiléhavější zkoumat, jaká škoda je předmětem žaloby (z čeho tato škoda vznikla atp.), a podle povahy případu použít přiléhavějšího pravidla.

Příklad:

Uplatňuje-li odpůrce škodu ze sešlé koupě nemovitosti, kterou nemohl z důvodu předběžného opatření prodat, přičemž od počátku zde nebyl zajišťovací důvod (pro dostatek dalšího majetku by nebyla exekuce ohrožena ani ztížena), pak přes existenci zajišťované peněžitě pohledávky se takováto „předčasná“ exekuce jeví jako „neoprávněná“. Oproti tomu srov. výše uvedený příklad nekalosoutěžního jednání.

Z uvedeného plyne, že je třeba postupovat zdrženlivěji, než by mohlo na první pohled odpovídat znění § 77a OSŘ (§ 945 dZPO). Pokud tedy pouze chyběl důvod zajištění, avšak oprávněný nárok žalobce byl splatný, resp. porušovaný, nebude se odpůrce v *naznačených* (z hlediska většinového názoru spíše výjimečných) *případech* moci úspěšně dovolávat náhrady škody na základě *přísného* režimu objektivní odpovědnosti.

I pro případy chybějícího zajišťovacího důvodu zůstává rozhodujícím kritériem počáteční nedostatek tohoto předpokladu (tj. k okamžiku vydání předběžného opatření). Zde se co do existence zajišťovacího důvodu (nebezpečí) uplatní hledisko objektivního posuzovatele (pozorovatele).⁴⁹⁵ Zrušení předběžného opatření pro *změnu okolností* spočívající v odpadnutí zajišťovacího důvodu nebude vyvolávat povinnost k náhradě škody (byť by tomu text české úpravy v § 77a OSŘ mohl napovídat).

Třetím základním důvodem zakládajícím právo na náhradu škody (ve smyslu § 77a OSŘ, § 394 EO i § 415 dZPO) by mohlo být zrušení předběžného opatření z důvodu nedostatku procesních podmínek. Taková skutková podstata na první pohled přesvědčuje, neboť měl-li být zjištěn nedostatek procesních podmínek, nemělo k vydání předběžného opatření vůbec dojít. Proto možná překvapí, že podle většinového názoru⁴⁹⁶ nezakládá vydané předběžné opatření právo na náhradu škody, jestliže jediným důvodem bránícím jeho vydání byl nedostatek procesní podmínky. Tento názor je odůvod-

⁴⁹³ Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 267.

⁴⁹⁴ Drescher, I. in Krüger, W., Rauscher, T. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012, s. 2464 a 2497.

⁴⁹⁵ Vollkommer, M. in Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2212, marg. č. 8.

⁴⁹⁶ Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 298 (srov. tam uvedené citace v pozn. pod čarou 135); Vollkommer, M. in Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2212, marg. č. 8.

ňován tím, že v otázce posuzování procesních podmínek není předběžné řízení ničím specifické, tedy z jejich nedostatku nelze vyvozovat aktivaci zvláštní skutkové podstaty zakládající právo na přísnu náhradu škody. To však samo o sobě zcela nepřesvědčí, neboť nedostatek v posouzení procesní podmínky může dobře záležet právě ve spojení se na jejich osvědčení anebo rychlosti, se kterou je třeba takový závěr přijmout. Opět se klade otázka řešená již v rámci pojednání o možné náhradě škody z důvodu chybějícího zajišťovacího důvodu, a to zda jde skutečně o nahraditelnou škodu tam, kde navrhovatel ve věci samé uspěje. Vždyť pokud se důvod zrušení předběžného opatření týká *jen* procesní podmínky soudní příslušnosti, pak by ovšem rovněž příslušný soud předběžné opatření vydal, takže alternativní, zcela právně nezpochybnitelné jednání navrhovatele by vedlo ke stejnému výsledku. Proto zrušení předběžného opatření pouze z důvodu nedostatku procesní podmínky nebude dostatečným důvodem pro založení odpovědnosti k náhradě škody.

O chybně vydaném předběžném opatření lze mluvit i tam, kde je vydáno, aniž by byly řádně *osvědčeny* předpoklady, které zakládají důvodnost předběžného opatření. To se může ukázat např. v řízení o opravném prostředku. I pro tyto případy lze uvažovat o tom, zda z pozice soudu, který rozhoduje o náhradě škody, bylo osvědčení dostatečné, či nikoli, resp. zda předpoklady vydání předběžného opatření byly či nebyly dány, a podle toho přiznat či nepřiznat nárok na náhradu škody, anebo „jednoduše“ mít za to, že nebýt vady v prvku osvědčení, předběžné opatření by nebylo vydáno, resp. jestliže vydáno bylo, pak je třeba rezultující škodu nahradit. Za správný považují výklad, podle kterého pokud byl zajišťovaný nárok i zajišťovací důvod dán, pak není k založení nároku na náhradu škody dostatečné, že nebyly žalobcem řádně osvědčeny (a tedy předběžné opatření být vydáno nemělo). Posouzení nároku na náhradu škody se ani zde nemůže dít čistě formálně (formalisticky), nýbrž je rozhodující posouzení soudu, který o náhradě škody rozhoduje v *žalobním řízení* o náhradu škody. Pokud tento danost obou požadavků shledá (neboť jsou tyto např. dokázány), není k náhradě škody důvod.⁴⁹⁷

93

Koneckonců i zde jde o to, zda omezovat dosah předpisu § 77a OSŘ jeho účelem nebo nahraditelností škody v případě její přičitatelnosti (kauzálnosti) ve vztahu k odpůrci (jeho jednání), což by mohlo znamenat nepřiznání nároku na náhradu škody v případě, že předběžné opatření bylo vydáno přes nedostatky pouze v osvědčení. Tento přístup se zdá být přesvědčivější, neboť odpůrce by neměl těžit ze svého protiprávního jednání, kterým porušuje existující nárok žalobce, což jej ostatně

⁴⁹⁷ König má (s odvoláním na nesplnění břemene osvědčení na straně navrhovatele a jeho zvýšenou odpovědnost za použití „nástroje“ předběžné ochrany) odlišně za to, že nedostatek osvědčení zajišťovaného nároku, který se projeví v instančním postupu, je důvodem pro náhradu škody i tehdy, pokud se v hlavním řízení oprávněnost nároku prokáže (s. 154 a 168). Dle mého názoru v tomto případě výsledek sporu ve věci samé naopak roli hraje (shodně pro oblast rakouského práva *Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar.* Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 394, marg. č. 5, 26 a 69). Mám za to, že formalistické pojetí Königa (založené na formálním výkladu skutkových podstat upravujících náhradu škody) se zakládá zejména na procesualistickém pohledu rakouského práva, který řízení o náhradu škody způsobeném předběžným opatřením chápe jako pravě sumární řízení *sui generis*, do jehož rámce nemá být mj. vtažováno přezkoumávání existence zajišťovaného práva (to i s odkazem na rozhodnutí OGH sp. zn. 17 Ob 28/07b).

obecně činí odpovědným za škodu (příp. odpovědným z prodlení).⁴⁹⁸ V této situaci by šlo o paradox, kdyby měl být odpůrce současně opravňován k nároku na náhradu škody. Uvedený závěr není nesporný. König⁴⁹⁹ má např. za to, že nárok na náhradu škody vzniká i tam, kde hlavní řízení potvrdí existenci zajišťovaného nároku; vychází z toho, že zvláštní ochrany nebylo požádáno po právu.

Lze shrnout, že jednoznačně se jeví jen takové chápání *striktní* odpovědnosti za „nesprávně“ vydané předběžné opatření, kde v jeho základu chybí zajišťované právo. Jiné případy „nesprávně“ vydaného předběžného opatření (tj. nedostatek procesních podmínek a nedostatek osvědčení), pokud je posuzujeme izolovaně (samy o sobě), jako takové ještě nekonzitují nahraditelný nárok na náhradu škody, resp. se vymykají ochrannému účelu normy obsažené v § 77a OSŘ, resp. § 945 dZPO. Nejspornější je případ chybějícího zajišťovacího důvodu, který podle mého názoru nezbyvá než posuzovat diferencovaně (viz výše). Pro úplnost opakují, že podstatným faktorem posouzení „nesprávnosti“ předběžného opatření je časový moment k okamžiku vydání předběžného opatření.

94

Je třeba vnímat *další aplikační omezení* práva na náhradu škody z předběžného opatření, které se v právní vědě i praxi formulují. Některá budou vyplývat z toho, že rovněž skutkové podstaty ustanovení upravujících náhradu škody vyžadují (je jim imanentní), aby škoda nebo jiná újma vznikla předběžným opatřením. Jestliže však původ škody je primárně jinde, nebude předběžné opatření znamenat přerušení kauzální souvislosti s ohledem na její primární důvod (který spočívá zejm. v protiprávním jednání dlužníka, resp. odpůrce, např. i ve vztahu k zajišťovanému nároku, jak zdůrazňují zastánci prvního výše prezentovaného názorového proudu). Další formy omezení používají argument na úrovni účelu normy, posuzují alternativní chování (a jeho případně stejný výsledek, např. kdyby žalovaný od počátku respektoval právo žalobce, nemohl by po něm jakoukoli škodu žádat) atp.

Pojednání výše se týkalo případů, kdy nedojde k justifikaci zajišťovaného nároku, kdy chybí zajišťovací důvod, procesní podmínka anebo dostatečné osvědčení, což vede k zrušení (zániku) předběžného opatření. Odlišil jsem případy, ve kterých je důvodem zrušení předběžného opatření změna poměrů. Vedle toho předběžné opatření bude rušeno, resp. bude zanikat v dalších typických případech, kterými jsou ty, kdy

95

- a. návrhovatel nepodal v zákonné lhůtě nebo ve lhůtě soudem určené návrh na zahájení řízení,
- b. uplynula určená doba, po kterou mělo předběžné opatření trvat, atp.⁵⁰⁰

Zatímco v případě pod písmenem a) bude samotné nepodání žaloby zásadně dostatečným důvodem vzniku nároku na náhradu škody, bude naopak v případě pod písmenem b)

⁴⁹⁸ Obdobně Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 300.

⁴⁹⁹ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 154.

⁵⁰⁰ Např. § 945 dZPO ve spojení s § 942 ods. 3 dZPO (zrušení z důvodu marného uplynutí lhůty k předvolání odpůrce k justificačnímu jednání).

nutné zkoumat, zda ve výše uvedených intencích existoval zajišťovaný nárok a zajišťovací důvod, přičemž samotné uplynutí určené doby, po kterou mělo předběžné opatření trvat, vznik nároku na náhradu škody zakládat nebude; to přes znění § 77a OSŘ, které na uvedeném případě demonstruje nevhodnost legislativní techniky.⁵⁰¹ Má-li v případě pod písmenem a) dodatečné podání žaloby a její úspěch znamenat, že odpůrcova škoda nebude nahraditelnou, je sporné; rakouská převažující nauka, ke které se přikláním, však v tomto případě právo na náhradu škody přiznává.⁵⁰²

28. Odporové řízení

Jeden z výrazných prvků, který historicky i komparativně „nesmazatelně“ patří k procesu předběžného řízení, resp. z novodobého pohledu naplňuje zásadu „rovnosti zbraní“, představuje odpor (*Widerspruch*), jakožto opravný prostředek daný k dobru odpůrci.

96

Mám za to, že tento opravný prostředek z hlediska historického vstupuje na místo zvláštního – stále ještě *předběžného justificačního – řízení*, v rámci kterého byl navrhovatel *povinen* obhájit vydání předběžného opatření a žádat soud o jeho potvrzení, přičemž *hlavní justificační řízení* mělo teprve následovat. Obdobnou konstrukci lze vysledovat i ve vývoji řízení z rušené držby, v rámci kterého se rovněž (v určitých vývojových podobách) počítalo s tzv. *possessorium summarissium* a *possessorium ordinarium*, které však nevyplučovaly následující petitorní řízení, anebo v německém § 942 dZPO, podle kterého leží iniciativa na obhájení (soudem zvláštní příslušnosti) vydaného předběžného opatření na navrhovateli, a to v řízení, které nahrazuje řízení odporové.⁵⁰³

Jak již naznačeno, v rámci předběžného řízení německá a rakouská kodifikovaná úprava (dZPO, EO) zakotvuje „odporové řízení“ tak, že je zahajováno na základě úkonu – podání opravného prostředku – odpůrce (žalovaného).

Již na tomto místě lze předeslat, že současné české odvolání nelze za prostředek obdobný odporu považovat.

Odpor je v Německu chápán jakožto opravný prostředek proti usnesení (tj. nikoli rozsudku), kterým je vydáváno návrhu vyhovující předběžné opatření, což současně znamená, že o návrhu neproběhlo předcházející ústní jednání (§ 924 dZPO). V Rakousku je odpor charakterizován jakožto *potřebný* (*erforderlich*) opravný prostředek v možných situacích, kdy je předběžné opatření vydáváno bez slyšení odpůrce [ve vazbě na s odvoláním (resp. *rekursem*) spojeným zákazem novot] a prostřednictvím kterého odpůrce uplatňuje skutečnosti (*Vorbringen*), které zatím nebyly předmětem zkoumání před vydáním předběžného opatření; tím se mu dostává potřebného „slyše-

⁵⁰¹ Zejm. z důvodu negativního výčtu případů zakládajících odpovědnost.

⁵⁰² OGH SZ 6/245; *Konecny, A.* Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Wien : Manz, 1992, s. 133 a násl.; *König, B.* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 155.

⁵⁰³ Srov. např. *Schuschke, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 2051 a násl.

ni“.⁵⁰⁴

Odpor je přitom přípustný i proti rozhodnutí druhé instance, pokud – bez slyšení odpůrce – došlo v první instanci k zamítnutí nebo odmítnutí návrhu na vydání předběžného opatření.

Funkcí odporového řízení je narovnání procesního stavu, dodatečné umožnění slyšení odpůrce. Z hlediska této jeho funkce se přitom zapovídá omezovat důvody (námitky, skutečnosti, prostředky osvědčení), které (jeho prostřednictvím) odpůrce uplatňuje.⁵⁰⁵ Odpor má umožnit řádné slyšení odpůrce, včetně ústního jednání, a to zásadně soudem, který předběžné opatření vydal. Jde o státoprávní korektiv za to, že odpůrce nebyl před nařízením předběžného opatření slyšen.⁵⁰⁶ V Rakousku je soudem, příslušným k projednání odporu, vždy soud prvního stupně.⁵⁰⁷ Ke stejnému výsledku dospěla, přes nejasnosti zákonného textu, rovněž německá judikatura. I zde se v návaznosti na vydání předběžného opatření stížnostním⁵⁰⁸ soudem (tj. bez slyšení odpůrce) předpokládá, že rozhodnutí o odporu přísluší soudu prvního stupně, který tak případně i může zrušit rozhodnutí vydané ve stupni druhém, proti kterému odpor směřuje.⁵⁰⁹ Podstatným argumentem pro toto řešení bylo zabránění „odejmutí“ jedné instance.⁵¹⁰

Účelné procesní nastavení má v zásadě umožnit, aby soudce, který dospěl k přesvědčení o důvodnosti podaného návrhu na vydání předběžného opatření, měl dodatečnou možnost toto své přesvědčení změnit, jakmile mu jsou známy a jsou projednány „novoty“ ze strany odpůrce, jakož i pokud možno zajistit, aby rozhodnutí o odporu bylo přezkoumatelné vyšší instancí.

Řízení o odporu předpokládá *ústní jednání*. V Německu předmětem řízení o odporu není přezkoumání, zdali v okamžiku vydání předběžného opatření bylo vydané rozhodnutí správné, ale zda je na základě přednesu obou stran (k okamžiku vynesení rozhodnutí o opravném prostředku) návrh na vydání předběžného opatření důvodný.⁵¹¹ Podle rakouského EO má být v řízení o odporu vycházeno z *důkazní* situace k okamžiku rozhodování o opravném prostředku (*Bescheinigungslage*), avšak skutkové změny, ke kterým došlo až po vydání předběžného opatření, mají být předmětem návrhu na zrušení předběžného opatření. To znamená, že odpůrci není bráněno uvádět nové skutečnosti a důkazy, avšak musí se omezit na ty skutečnosti, které byly dané

⁵⁰⁴ Srov. König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 219 a nás.

⁵⁰⁵ Srov. Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. *Exekutionsordnung. Kommentar*. Wien : Lexis-Nexis ARD ORAC, 2009, § 398, s. 7.

⁵⁰⁶ Walker, W.-D. *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Tübingen : Mohr, 1993, s. 339.

⁵⁰⁷ König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 221 a nás.

⁵⁰⁸ Tj. nikoli odvolacím soudem, u nějž probíhá řízení spojené s ústním jednáním.

⁵⁰⁹ Heinze, M. in Lücke, G., Wax, P. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, § 924, marg. č. 13; Walker, W.-D. *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Tübingen : Mohr, 1993, s. 341; OLG Hamburk, MDR 1957, 105 atd.

⁵¹⁰ OLG Düsseldorf, MDR 1984, 324.

⁵¹¹ V Německu nesporné, např. Walker, W.-D. *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Tübingen : Mohr, 1993, s. 343.

(tedy které se přihodily) k okamžiku vydání předběžného opatření.⁵¹² Tímto opatřením rakouského práva se zdá být z pohledu možné náhrady škody v případném následujícím procesu přesněji (spolehlivěji) určitelné, zdali byl návrh na vydání předběžného opatření „neoprávněný“; zrušení předběžného opatření v řízení o odporu působí *ex tunc* (k okamžiku vydání předběžného opatření).⁵¹³

Rozhodnutí v odporovém řízení je přezkoumatelné na základě rekursu v Rakousku, resp. odvolání v Německu.

Za podstatné ještě považují zdůraznit, že řízení o odporu je rovněž ovládáno osvědčovací zásadou. To platí – z pohledu rovnosti zbraní – jak pro navrhovatele, tak odpůrce.

Na druhou stranu by bylo těžko obhajitelné, aby odporu byl připisován *odkladný účinek* s ohledem na vykonatelnost předběžného opatření (srov. § 397 EO, § 924 odst. 3 dZPO).

Situaci v ČR, kde odporové řízení není upraveno, lze označit za krajně nedostačující, přičemž „systém náhradní ochrany“ odpůrce, kritizovaný na jiných místech této práce, lze označit za *ústavněprávně deficitní*.

29. Podání žaloby ve věci a její vynucení

V rámci pojednání o aspektu mezitímnosti předběžné ochrany bylo řečeno, že předběžná opatření (včetně těch zatímních s efektem uspokojení) nevylučují řízení a rozhodnutí ve věci samé, resp. tento druh *justifikace* přímo vyžadují (srov. marg. č. 21 a § 76 odst. 3 OSŘ). Předběžné řízení nemá a nesmí být definitivní tečkou, která by znamenala, že padlo konečné rozhodnutí o zajišťovaném právu (těž v rámci právního poměru), které bylo vytrženo z kautel řádného civilního procesu (se všemi jeho zárukami spravedlivého procesu).

Způsob, jakým lze rozhodnutí ve věci samé dosáhnout, lze sice pojmout různě, avšak zásadní rozhodnutí zákonodárce, který chrání (či předvídá ochranu) odpůrce před uvedeným způsobem rozhodnutí o jeho právu, je (každopádně ve všech blíže zkoumaných) právních řádech obsaženo. Vycházejí z ideje spravedlivého procesu tomu jen obtížně může být jinak. Výjimka by byla možná snad jen tam, kde zákonodárce dospěje k též ústavněkonformnímu závěru, že žádná ze stran nemůže mít na procesu ve věci samé zájem nebo takový proces druhou stranu nepoškozuje (zejm. z pohledu rovnosti zbraní) či je zde jiný, nadřaditelný zájem. Tím by se však z předběžného řízení stalo pravé *sumární řízení*. Jako o naprosté výjimce lze o takovém řízení mluvit v některých německých zemích, kde je na předběžné opatření navazující žaloba ve věci zákonem vyloučena, pokud jde o mediální právo na tzv. *Gegendarstellung*.⁵¹⁴

97

⁵¹² König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 222.

⁵¹³ Srov. König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 223.

⁵¹⁴ Viz Schuschke, W., Walker, W.-D. *Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz*. Kommentar. 5. vydání.

(právo na odpověď). V Rakousku je u zvláštních předběžných opatření na ochranu před násilím od nutného podání žaloby upuštěno tam, kde jsou tato časově omezena na určitou, maximálně jednoroční, dobu trvání. Vysoce spornou otázkou konečného (definitivního) vyřešení sporu předběžným opatřením v uvedených a některých dalších, zejm. faktických, dimenzích zkoumám samostatně v marg. č. 105 a násl.

Uvedený způsob dosažení rozhodnutí ve věci samé může být postaven na povinnosti uložené soudu, který předběžné opatření vydává, aby pro případ, že doposavad nebylo zahájeno hlavní řízení, k jeho iniciaci stanovil navrhovateli lhůtu (§ 391 odst. 2 EO, § 71 odst. 3 OSŘ). Další možnost představuje návrh, kterým si odpůrce podání žaloby vynutí tím, že soud – až a jen k návrhu odpůrce – navrhovateli předběžného opatření podání žaloby ve věci samé uloží (§ 926 dZPO); tímto postupem zůstává zachována role „útočícího“ žalobce a „bránícího“ se žalovaného. Posledním možným řešením pro případ, je-li řízení ve věci hlavní vyloučeno, a tedy není zachováno právo žalovaného vynutit provedení „justifikace“ vůči němu jako žalovanému, lze spatřovat v jeho právu vznést žalobu na negativní určení, že zajišťovaný nárok neexistuje,⁵¹⁵ což následně v rámci rakouského práva otevírá cestu ke zpřísněné odpovědnostní klauzuli odpovědnosti za škodu.⁵¹⁶

S opomenutou povinností podat žalobu ve věci samé se nerozlučně snoubí jednak zrušení, resp. zánik předběžného opatření a jednak odpovědnostní klauzule zavádějící zpřísněnou odpovědnost za škodu vzniklou z předběžného opatření.⁵¹⁷

Zánik předběžného opatření tam, kde nedošlo k včasnému podání žaloby ve věci samé, může nastat pro marné uplynutí lhůty ze zákona (§ 77 OSŘ), zrušením v důsledku rozhodnutí soudu na návrh i z moci úřední (§ 391 odst. 2 EO) anebo na návrh (§ 926 odst. 2 dZPO).

K problematice dále viz marg. č. 142.

30. Zrušení předběžného opatření z důvodu změny okolností (včetně vazby na odvolání a odpor)

Zvláštním prostředkem, jak dosáhnout zrušení či omezení důsledků vydaného předběžného opatření ze strany odpůrce,⁵¹⁸ je jeho návrh založený na *změněných okolnostech* (*clausula rebus sic stantibus*). Toto řízení není zamýšleno k přezkoumání toho, zda je zde procesní nárok navrhovatele na zajištění (tj. na rozdíl od odporového řízení), ale jde o nárok odpůrce na odstranění proti němu směřujícího (vykonatelného) –

98

München : Carl Heymanns, 2011, s. 1747.

⁵¹⁵ Případně jinou žalobu.

⁵¹⁶ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 164.

⁵¹⁷ Srov. § 77a OSŘ, § 394 EO, § 395 dZPO.

⁵¹⁸ Případně navrhovatele.

případně již pravomocného – titulu.⁵¹⁹ Cíleno je na situace, kdy došlo k *následnému* odpadnutí potřeby zajištění na straně navrhovatele. Tak je tomu zejména tehdy, pokud zde již není zajišťovacího důvodu, v právu českém pak též následné splnění zajišťovaného nároku.⁵²⁰ V Rakousku (v jehož právní úpravě má základ i české předběžné řízení) je „následné“ chápáno jako uskutečnivší se po okamžiku vydání předběžného opatření. Přezkoumání *objektivní* důvodnosti (správnosti) vydaného předběžného opatření, a to za základě skutkového stavu v čase vydání předběžného opatření, je věcí odporového řízení. V něm neplatí jakýkoli zákaz novot co do skutečností nastalých do uvedeného okamžiku, neboť odpůrce je dosud ani nemohl uplatnit.⁵²¹ I v OSŘ je zákonný text zcela jednoznačný⁵²² v tom smyslu, že soud předběžné opatření zruší, jestliže *pominou* (jinými slovy lze říci odpadnou) důvody, pro které bylo nařízeno (§ 77 odst. 3 OSŘ). Rozšiřující interpretaci uvedeného ustanovení OSŘ (na „důvody zde nikdy dány nebyly“) nemohu chápat jinak než jako „zoufalou“ snahu překlenout nedostatek vzniklý „zjednodušením“ právní úpravy tím, že byl „vyškrtnut“ odpor, jakožto zvláštní opravný prostředek pro odpůrce (viz též níže).

Walker formuluje, že předpoklady vydání předběžného opatření představují současně předpoklady pro jeho další trvání.⁵²³ Na okamžik, od kterého počíná „následné“, není v Německu jednotný názor (někteří jej chápou jako po vydání⁵²⁴ nebo po potvrzení⁵²⁵ nařízení předběžného opatření).

Příklad:

Následná změna poměrů (pominutí důvodů nařízení předběžného opatření) je dána v případě dodatečného zajištění zajišťovaného práva například zástavním právem ve prospěch navrhovatele, podstatným zlepšením majetkových poměrů odpůrce, takže již exekuce pro zajišťovaný nárok není ohrožena, anebo splněním či případným promlčením zajišťovaného práva.

Jak již v této části práce bylo naznačeno, česká právní úprava v lecčems není promyšlená a v lecčems nelze než mluvit o protiústavnosti (též s ohledem na čl. 6 EÚLP).

Prvním takovým bodem je v praxi bohužel úplná *absence ústního jednání*, kterým by byl návrh na vydání předběžného opatření či opravný prostředek (odvolání) proti němu v době již možné účasti odpůrce projednán.

Druhým podstatným deficitem je *absence odporového řízení*, která je jen obtížně

99

⁵¹⁹ *Walker, W.-D.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 352.

⁵²⁰ Podle EO platí pro uvedený případ zvláštní skutková podstata § 399 odst. 1 bodu 4 EO.

⁵²¹ *Srov. Kodek, G.* in *Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A.* Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : Lexis-Nexis ARD ORAC, 2009, § 398 marg. č. 4 a § 399 marg. č. 10.

⁵²² Jako § 399 odst. 1 bod 2 EO.

⁵²³ *Walker, W.-D.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 352.

⁵²⁴ *Heinze, M.* in *Lücke, G., Wax, P.* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001, § 927 marg. č. 5.

⁵²⁵ *Baumbach, A., Lauterbach, W., Albers, J., Hartmann, P.* Zivilprozessordnung. 68. vydání. München : C. H. Beck, 2010, § 927, pozn. č. 2.

(resp. v praxi nebývá) překlenutelná výkladem § 75c odst. 4 a § 77 odst. 2 OSŘ, zvláště když je první z uvedených ustanovení⁵²⁶ vykládáno tak, že „nemůže být v řízení o předběžném opatření přihlédnuto k tvrzením, k listinám nebo k dalším důkazům, které soud prvního stupně *neměl k dispozici* v době vyhlášení (vydání) svého usnesení, a to bez zřetele k tomu, který z účastníků je uvádí nebo předkládá. Pro odvolací řízení to znamená, že účastníci nemohou v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení uvádět *žádné* nové skutečnosti nebo důkazy“.⁵²⁷ Druhé z uvedených ustanovení⁵²⁸ je slovy ÚS vykládáno tak, že „soud posuzuje *aktuální trvání* těchto podmínek, a nikoliv to, zda tyto podmínky byly dány v době nařízení“.⁵²⁹ Ani mírnější komentářový výklad, odvozený a vlastně přebírající názor od Rubeše,⁵³⁰ nelze ve všech souvislostech považovat za dostatečný, neboť Rubeš se v podstatě v souladu s rakouskou naukou omezuje na přípustnost (vedle tzv. *nova producta*) tzv. *nova reperta*, tj. nově zjištěných skutečností a nově objevených či „již použitelných“ důkazů, neuplatněných (nezjištěných) v prvotním řízení (zde v době vydání usnesení soudem prvního stupně), jejichž uplatnění současně *bez zavinění* odpůrce (soudu)⁵³¹ nebylo možné. Tento výklad byl založen jednak na tehdy platné zásadě úplné apelace (tehdejší § 205 odst. 2 OSŘ) a jednak na vyšetřovacím způsobu vedení řízení v souladu s ideou nalezení materiální pravdy⁵³² (§ 75c odst. 4 OSŘ tehdy neplatil). Jinou výkladovou cestu „prolomení“ zákonných ustanovení naznačuje Levý,⁵³³ který upozorňuje na v soudní praxi připuštěnou možnost, aby odvolací soud výjimečně (!) postupoval i na základě skutečností uvedených v odvolání. Současně však uvedený autor neuvádí výklad „prolamující“ slova „pominou důvody“ (§ 77 odst. 2 OSŘ), čímž jsou opět odpůrcova procesní práva (ústavně deficitně) okleštěna.

⁵²⁶ § 75c odst. 4 zní: „*Pro předběžné opatření je rozhodující stav v době vyhlášení (vydání) usnesení soudem prvního stupně.*“

⁵²⁷ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 437, 438.

⁵²⁸ § 77 odst. 2 věta první OSŘ zní: „*Předběžné opatření předseda senátu zruší, jestliže pominou důvody, pro které bylo nařízeno.*“

⁵²⁹ Nález ÚS ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 16/09, bod 32. I novější judikatura ÚS k § 77 odst. 2 OSŘ uvádí, že obecný soud při rozhodování o návrhu na zrušení předběžného opatření znovu v plném rozsahu nezkoumá důvody opodstatňující nařízení předběžného opatření (usnesení ÚS ze dne 14. 11. 2012, sp. zn. II. ÚS 3185/12).

⁵³⁰ „*Předběžné opatření lze však zrušit i tehdy, objeví-li se dodatečně, že předpokládané důvody dány nejsou. Soud při nařízení předběžného opatření se totiž musel spokojit s osvědčením, z něhož vyplynula odůvodněnost potřeby nařídit předběžné opatření. Není proto vyloučeno, že později, anebo také při provádění důkazů ve věci samé, se zjistí, že předpoklady pro nařízení předběžného opatření dány nebyly.*“ Rubeš, J. in Handl, V., Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha : Panorama, 1985, s. 342 a též autor in Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 260. A. Winterová v návaznosti na Rubeše hovoří o „*zjištění, že předpoklady pro vydání předběžného opatření vůbec dány nebyly*“ (Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 153).

⁵³¹ Vycházejí z vyšetřovacích zásad.

⁵³² Rubešův příklad uvádí nový posudek krevní zkouškou, který nebylo možno dříve získat, a dodatečně zjištění dalšího dostatečného majetku „*nehospodářného*“ odpůrce.

⁵³³ Viz Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 240 (s odkazem na usnesení ÚS ze dne 24. 7. 2012, sp. zn. II. ÚS 2485/11).

Výše uvedená problematika – vzniklá nesmyslným odstraněním opravného prostředku odporu – je značně složitá a již výše uvedený základní přehled názorů dává naznat neuspokojivý, ba obtížně udržitelný stav. Možnosti řešení – vedle novelizace, která by ústavněkonformně vyjasnila situaci nebo znovuzavedla odpor – představuje následující výklad situace, kdy odpůrce podává odvolání do vydaného předběžného opatření, resp. následně uplatňuje „změnu poměrů“:

- Rozhodující stav ve smyslu § 75c odst. 4 OSŘ není „stav spisu“ (co bylo soudu k dispozici), jak jej chápe Drápal, ale skutkový stav do doby vyhlášení (vydání) usnesení soudu prvního stupně. Nové skutečnosti a důkazy ke skutkovému stavu do této doby nejsou omezeny [usnesení o návrhu na vydání předběžného opatření není usnesením ve věci samé, tedy neplatí zákaz novot, avšak vyloučeno je uplatnění skutečností a důkazů, které nastaly po vydání rozhodnutí – srov. § 205a OSŘ a zejm. jeho písmeno f)]. Odvolací soud by měl zásadně konat o odvolání odpůrce jednání, aby odpůrci plně umožnil uplatnění jeho práv [srov. § 214 odst. 2 písm. c) OSŘ]. V „řízení“ podle § 77 odst. 2 věty první OSŘ je možno uplatnit (za výše uvedených předpokladů a v souladu se zněním uvedeného ustanovení) *nova producta* a „nezaviněně“ neuplatněné *nova reperta*.
- Alternativní výklad (ovšem v důsledku praxe českých soudů, které „vyčkávací“ právní moci rozhodnutí o odvolání odpůrce proti předběžnému opatření,⁵³⁴ pro odpůrce méně efektivní) je striktní chápání § 75c odst. 4 OSŘ. To by znamenalo prakticky pouze přezkum úvahy soudu prvního stupně soudem odvolacím na podkladě tehdejšího stavu spisu (což považuji za poněkud „neplodné“) a skutečně velkorysě chápání „řízení“ podle § 77 odst. 2 věty první OSŘ, tj. uplatnění *nova producta* i veškerá *nova reperta*.⁵³⁵

Soudy by měly, ať již se rozhodnou pro první, či druhý výklad, být v rámci řešení konkrétního případu vždy konsekventní (mj. z důvodu procesní rovnosti stran). Pokud umožní odpůrci plně vznášet jeho tvrzení (osvědčení) v rámci odvolacího řízení (v mezích, ve kterých vykládám § 75c odst. 4 OSŘ), pak nelze znovu připustit, aby stejnými (dříve subjektivně uplatnitelnými) skutečnostmi odpůrce argumentoval a dříve uplatněnými či subjektivně uplatnitelnými prostředky osvědčení osvědčoval („prokazoval“) v rámci postupu podle § 77 odst. 2 OSŘ. Pokud však má být veškerá (v okamžiku rozhodování soudu prvního stupně „nespisová“) argumentace odpůrce zohledněna až v rámci postupu podle § 77 odst. 2 OSŘ, pak je nutno připustit výklad v tom smyslu, že jde nejen o tvrzení a osvědčení odpadnutí důvodů, ale rovněž o tvrzení a osvědčení, že tyto důvody nebyly od počátku dány.

⁵³⁴ Srov. např. Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 532.

⁵³⁵ *Nova reperta* jako skutečnosti, které již objektivně existovaly před dobou rozhodování o návrhu na předběžné opatření.

31. Jistota skládaná navrhovatelem

Na první pohled by se mohlo zdát, že se na obecné úrovni není třeba institutem jistoty skládané navrhovatelem v souvislosti s předběžným řízením blíže zabývat, když tento institut „ochrany odpůrce“ je českému OSŘ dobře znám (viz § 75b OSŘ⁵³⁶) a napsáno k němu již bylo také dost.⁵³⁷ Opak je však pravdou, když české „zpracování“ uvedeného institutu je v komparativním a historickém porovnání dosti specifické.

Lze začít tím, že skládání jistoty je v § 921 větě první dZPO i § 390 odst. 1 EO na prvním místě chápáno jakožto nástroj, prostřednictvím kterého lze „nahradit nedostatky“ v osvědčení pouze zajišťovaného nároku (EO) anebo i zajišťovacího důvodu (dZPO). „Naprostou nedostatečnost“ v osvědčení však nehradit nelze. Takovouto funkci jistoty však český OSŘ vůbec nepředpokládá, když účelem české jistoty je zajištění náhrady škody nebo jiné újmy, která by vznikla předběžným opatřením. Obdobnou funkci, tj. zejm. *zajištění faktického* prosazení případného nároku na náhradu škody (újmy), plní i jistoty skládané podle § 921 věty druhé dZPO, resp. § 390 odst. 2 EO. Ty jsou však na první pohled *formulačně* pojaty šířeji, tj. pro případ, že se navrhovatelí potřebné osvědčení zdaří a současně bez bližšího účelového určení (jak jej stanoví OSŘ). V Rakousku se uvedené ustanovení vykládá tak, že účelem jistoty je zajištění náhrady škody z předběžného opatření, přičemž důvody jejího stanovení *soudce posuzuje* s ohledem na intenzitu zásahu do právní sféry, dalekosáhlost škody na straně odpůrce a potřebu zajištění na straně navrhovatele.⁵³⁸ V Německu mluví dZPO o zajištění proti „nevýhodám“ (*Nachteile*), které odpůrcovi vzniknou, přičemž se liší názory na to, jestli tento pojem zahrnuje jen újmu z vykonání (výkonu)⁵³⁹ nebo též ze samotného nařízení předběžného opatření.⁵⁴⁰ Důvodem složení druhého typu jistoty, ač zákonem rovněž výslovně neupraveného, budou v Německu (obdobně jako v Rakousku) riziko zvláště vysoké škody na straně odpůrce, pochybné majetkové poměry odpůrce, nejasnosti konečného vyznění sporu či rozhodování obtížných právních otázek.⁵⁴¹ Nelze nevidět odlišnost i v tom, že první druh jistoty kromě zajištění náhrady škody *ve prospěch odpůrce* plní též funkci další zbraně *ve prospěch navrhovatele*, kterému usnadňuje nelehký úkol, osvědčit rozhodné skutečnosti.

Již z řečeného se nabízí rozlišení podle toho, zdali je stanovení jistoty *fakultativní*

⁵³⁶ § 75b však byl do OSŘ zanesen až od 1. 4. 2005 (tj. s účinností novely OSŘ č. 59/2005 Sb.).

⁵³⁷ Např. *Premus, R.* Nad novelou občanského soudního řádu aneb Komu slouží jistota. Bulletin advokacie, 2005, č. 6, s. 33 a násl.; *Hrbek, J.* Ještě nad novelou o. s. ř. (jistota při předběžném opatření). Bulletin advokacie, 2005, č. 10, s. 49, s. 49 a násl.; *Jirsa, J.* Předběžná opatření – účelná i zneužitelná zbraň. Právní fórum, 2009, č. 9, s. 361 a násl.; *Svoboda, K.* Povinnost ke složení jistoty u předběžných opatření v obchodních věcech. Obchodní právo, 2013, č. 7–8, s. 264 a násl. atd.

⁵³⁸ Viz *König, B.* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 121 a 123.

⁵³⁹ *Stein, F., Jonas, M.* Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, § 921, marg. č. 8.

⁵⁴⁰ *Vollkommer, M. in Zöller, R.* Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, § 921 marg. č. 3.

⁵⁴¹ *Stein, F., Jonas, M.* Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, § 921, marg. č. 8; *Damm, R. in Wassermann, R.* Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung. München : Luchterhand, 1987, § 921 marg. č. 5.

a ponechané *na úvaze soudu* (Německo, Rakousko), anebo je *striktně předepsáno zákonem*, který současně předvídá *výjimky ze zásady* (ČR). Česká varianta nese riziko složitější (též formulační) vystižení všech relevantních výjimek, což je i z platné právní úpravy a jejího místy obtížného výkladu patrné (srov. § 75b odst. 3 OSŘ). Na druhou stranu požadavek obligatorního složení jistoty plní funkci „generálního“ předcházení svévolným návrhům. Navrhovatel si musí uvědomit možnost vzniku nároku na náhradu škody, která se v Německu a Rakousku projevuje až v okamžiku individualizovaného rozhodnutí soudu o nutnosti složení jistoty, avšak v tomto případě podstatně důrazněji (neboť výše jistoty je plně individualizovaná).

Již z výše řečeného je patrné, že na rozdíl od řešení přijatého českým zákonodárcem se nutnost složit jistotu (v dZPO a EO) opírá o *soudní rozhodnutí* (usnesení předcházející či spojené s nařizovaným předběžným opatřením), nikoli o „pouhý“ zákonný text. Soud je pak spíše schopen rozpoznat případy, kdy složení jistoty není potřeba, neboť např. škoda (újma) nehrozí vůbec,⁵⁴² anebo naopak proto, že není v penězích vůbec nahraditelná.⁵⁴³ Stejně tak se stanovení jistoty soudním rozhodnutím jeví souladnější se zásadou adresnosti a zásadou poučovací, když nikoli nepatrná část návrhů na vydání předběžných opatření „troskotá“ právě též z procesní neznalosti na nutnosti splnění povinnosti dané *ex lege*.

Dále se lze zaměřit na podstatně odlišný *následek*, který je spojován s nesložením jistoty v případech, kdy složena být musí. Podle OSŘ bude nevčasné složení jistoty znamenat odmítnutí návrhu na vydání předběžného opatření (§ 75b odst. 2 OSŘ). V Německu může být následek obdobný (pokud je jistota soudem vyžádána před vydáním rozhodnutí), anebo se počítá jako v Rakousku (§ 390 odst. 3 EO) s tím, že vydané předběžné opatření nebude moci být až do složení jistoty vykoná(vá)no. To znamená, že předběžné opatření nebude např. zasíláno odpůrci ani podlužníkovi (neboť tyto úkony již znamenají vykonávání), dokud nedojde složení jistoty. Lze dodat, že v tomto případě je pak relevantní omezující lhůta, po jejímž uplynutí je výkon (vykonání) předběžného opatření zapovězen (srov. marg. č. 103).

Zajímavou je i otázka *formy jistoty*, kterou OSŘ předpokládá pouze peněžitou. V Rakousku zákonný text takto „svázaný“ není, a proto dovoluje poskytnout jistinu i jinak, zejm. se jako rozšířená forma uvádí bankovní záruka.⁵⁴⁴ V Německu též přichází v úvahu poskytnutí ručení nebo zástavy.⁵⁴⁵

Co do *výše jistoty* lze vycházet z očekávané škody na straně odpůrce (Rakousko, Německo). V ČR je výše jistoty primárně v paušální výši (10 000 Kč, resp. 50 000 Kč) a až případně na základě úvahy o zjevně nedostatečném zajištění škody

⁵⁴² OGH GH 1935, 23.

⁵⁴³ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 122.

⁵⁴⁴ Zechner, A. Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung. Kommentar. Wien : Springer, 2000, s. 37; rozhodnutí OGH sp. zn. 3 Ob 156/06 x; König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 125.

⁵⁴⁵ Baumbach, A., Lauterbach, W., Albers, J., Hartmann, P. Zivilprozessordnung. 68. vydání. München : C. H. Beck, 2010, s. 2316, marg. č. 12.

(újm) na straně odpůrce lze výši jistoty (toliko směrem nahoru) modifikovat formou doplatku jistoty (§ 75b odst. 1 OSŘ).

Všechny tři zmíněné právní úpravy počítají s určitou možností *změny* ve výši jistoty v závislosti na chodu řízení. Česká však jen na návrh toho, komu byla předběžným opatřením uložena povinnost (§ 76h OSŘ).

32. Jistota skládaná odpůrcem (*cautio de relaxando arresto*)

Jistota poskytovaná v rámci předběžného řízení ze strany odpůrce (*Sicherheitsleistung*, resp. *Lösungssumme*) je platnému českému OSŘ neznámý (neupravený) institut. Historicky i komparativně se však jedná o institut smysluplný. Jeho zákonné nezakotvení je i v české praxi pocítováno jakožto deficit, neboť leckdy má odpůrce zájem (zejména aby předešel škodě), jakož i možnosti (např. finanční prostředky) zamezit výkonu vydaného předběžného opatření, přestože je současně připraven se bránit ve věci samé (což však není z hlediska procesního instrumentária dostatečně reflektováno). Lze mít za to, že obdobně jako v případě zvláštního ustanovení o zpřísněné odpovědnosti k náhradě škody⁵⁴⁶ povede „tlak“ na zavedení smysluplného institutu (byť tomu zatím chybí dostatečný impulz) k jeho prosazení i do českého práva.

102

Obecně větší význam má jistota tam, kde jde o zajištění peněžité pohledávky, neboť pokud je věřitelova pohledávka zajištěna formou odpůrcem poskytnuté jistoty, není již třeba, aby bylo prostřednictvím vykonávání předběžného opatření zasahováno do práv odpůrce; pokud již k vykonávání došlo, je možno opatření zrušit (pozastavit). Smysl úpravy spočívá v tom, že pokud již je odpůrce na základě předběžného opatření povinen poskytnout (resp. strpět) určitou formu zajištění, pak je současně dáno *oprávnění*, aby potřebné zajištění poskytl pro něj nejjednodušší cestou.⁵⁴⁷ Tím současně minimalizuje své škody, které by mu výkonem (vykonáním) předběžného opatření mohly být způsobeny, což ostatně představuje určité plus i pro navrhovatele (z pohledu jeho zpřísněné odpovědnosti). Jestliže odpůrce poskytne zajištění zajišťovaného nároku, čehož se ostatně navrhovatel domáhá, pak již není důvodu, aby docházelo k dalšímu vykonávání předběžného opatření. „Vynucené“ zajištění je nahrazeno „dobrovolným“. Takovéto odpůrcem poskytované zajištění obecně nemusí být nutně omezeno na peněžité plnění do soudní úschovy. Soud sám nebo v důsledku prohlášení navrhovatele může připustit i jinou formu (např. složení cených papírů).

U zatímních předběžných opatření (resp. též předběžných opatření zajišťujících jiný než peněžitý nárok) bude význam použití jistoty ze strany odpůrce podstatně nižší,

⁵⁴⁶ § 77a OSŘ byl do právního řádu ČR zaveden až novelou OSŘ č. 59/2005 Sb., a to s účinností od 1. 4. 2005.

⁵⁴⁷ Např. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 333.

neboť jiný než peněžitý nárok anebo hrozící násilí nebo nenapravitelnou škodu (včetně nutného „předběžného plnění“) lze poskytnutím jistoty jen stěží nahradit. Důvod zajištění je v těchto případech obtížné jistotou odstranit.

V Německu je v případě rozhodnutí o nařízení arestu (tj. v zásadě při povolení „předběžného opatření“ k zajištění peněžitě pohledávky) tzv. *Lösungssumme* stanovena z moci úřední již v tomto rozhodnutí (§ 923 dZPO); složením stanovené peněžitě částky se zastavuje vykonávání arestu (*wird gehemmt*) a již vykonaný arest lze na návrh odpůrce zrušit (*aufheben*). Německá předběžná opatření (oproti arestu) naopak s „doložkou“ možného složení *Lösungssumme* vydávána nejsou, avšak je možné, aby bylo složení jistoty následně povoleno, pokud pro to jsou zvláštní důvody (§ 939 dZPO).

Rakouské EO v § 389 odst. 2 je kreativnější v tom, že dovoluje, aby navrhovatel již v návrhu odpůrci umožnil tzv. alternativu *facultas*, tj. navrhl peněžitou částku (jistotu), kterou považuje za dostatečnou a jejímž složením se zastaví vykonávání předběžného opatření, resp. umožní jeho zrušení (§ 399 odst. 1 bod 3 EO).⁵⁴⁸ O možnostech zasahovat do navrhovatelem určené alternativy *facultas* se vedou určité spory.⁵⁴⁹ To v důsledku nutnosti řešit otázku provázanosti s jistotou podle § 391 odst. 1 věty druhé EO. Toto ustanovení předvídá jistotu (*cautio de relaxando arresto* či o mnoho volněji „výkupné“) stanovenou (*ex offio*) soudem v rozhodnutí o vydání předběžného opatření, jejíž složení má stejné účinky, jaké byly popsány výše. Podobně jak již bylo uvedeno výše, ani podle EO nemá stanovení jistoty ze strany soudu místa tam, kde není s to dosáhnout účelu zajištění, resp. regulace vztahů (např. jde-li o nekalosoutěžní porušení ochranné známky atp.). Není vyloučeno, aby stanovení jistoty proběhlo i později, po dobu trvání předběžného opatření.

Složení jistoty do soudní úschovy může právní úprava pojit se vznikem zástavního práva ve prospěch navrhovatele (§ 56 oZPO). Rovněž chápání toho, co je jistotou zajišťováno, se může lišit. Rakouská právní věda vychází spíše ze zajištění škod, které by navrhovatel při provedeném vykonání předběžného opatření neutrpěl (např. vymanění se věci, která je předmětem zajištění, z „dosahu“ výkonu rozhodnutí, snížení její hodnoty užíváním atp.).⁵⁵⁰ Německá právní věda vychází spíše ze zajištění samého zajišťovaného nároku.⁵⁵¹ To má své důsledky v režimu dalšího zacházení s jistotou, které je partikulární té které zákonné úpravě.

V českém právu, přes deficit právní úpravy, lze formou soudcovského *dotváření* práva připustit (byť oproti výše uvedenému „kulhající“ variantu), aby odpůrce složil k soudu do úschovy např. peněžní částku (§ 352 OSŘ), která soud povede (odpadne-li jejím

⁵⁴⁸ Tak König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 133 a násl.

⁵⁴⁹ Srov. Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. *Exekutionsordnung. Kommentar*. Wien : Lexis-Nexis ARD ORAC, 2009, § 389, marg. č. 26.

⁵⁵⁰ König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 136.

⁵⁵¹ Walker, W.-D. *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Tübingen : Mohr, 1993, s. 332.

složením zajišťovací důvod) ke zrušení předběžného opatření v důsledku změny okolností (§ 77 odst. 2 OSŘ).

33. Nepřípustnost výkonu předběžného opatření

Další z řady institutů spojených s předběžným řízením, avšak českému OSŘ též neznámým, představuje omezení, resp. nepřípustnost výkonu předběžného opatření, nebylo-li s výkonem započato v určité předvídané (v zákoně uvedené) lhůtě (srov. § 396 EO, § 929 odst. 2 dZPO⁵⁵²). Tato úprava vychází z myšlenky *naléhavosti* zajištění či úpravy poměrů, která by neměla ze své povahy dovolovat odkládání výkonu (vykonání) rozhodnutí. Už proto, aby nebylo s vykonáváním započato za podstatně jiných poměrů, než které vydání předběžného opatření provázely. Současně takovou právní úpravu chápou jako odraz klasické představy oddělení nalézacího a vykonávacího řízení, kdy i druhé z nich předpokládá separátní návrh na zahájení řízení. Rakouská úprava (každopádně v širším rozsahu než dZPO) předpokládá provedení výkonu předběžného opatření z moci úřední a současně dovozuje, že v případech, kdy je nutné zahájit exekuční řízení, se § 396 EO neuplatní.⁵⁵³ Tím však je dosah uvedeného ustanovení značně omezen. V Německu je naopak zejména u arestu zachování lhůty esenciální, neboť výkon (vykonání) zajišťovacích opatření předpokládá samostatný návrh (to souvisí s tím, že arest směřuje do majetku odpůrce jako celku⁵⁵⁴). U některých opatření, např. na zdržení, stačí k zachování lhůty toliko doručení předběžného opatření odpůrci.⁵⁵⁵ Řešení této problematiky je pak v Německu poměrně kazuistické. Z pohledu českého práva, zejm. s odkazem na podobnost s úpravou Rakouskou,⁵⁵⁶ lze mít za to, že potřeba provedení bezesporu smysluplné myšlenky formou stanovení lhůty k zahájení výkonu není v ČR natolik naléhavá.

103

⁵⁵² V obou zmíněných právních řádech činí lhůta jeden měsíc.

⁵⁵³ *Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar.* Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 396 s. 54.

⁵⁵⁴ Např. i postižení pohledávky za podlužníkem odpůrce zásadně předpokládá samostatný návrh a konkretizaci takové pohledávky až ve fázi výkonu (nikoli nařízení) předběžného opatření (tak např. *Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar.* 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1769).

⁵⁵⁵ Např. *Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar.* 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1790 a násl.

⁵⁵⁶ Která začasť vychází z vykonání – nikoli výkonu – předběžného opatření *ex offio*, a proto se podle převažujícího mínění lhůta uplatní zásadně jen tam, kde je výkon podmíněn složením jistoty nebo zálohy na náklady (*Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar.* Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 396 s. 54).

34. Preventivní obrana (ochrana) proti předběžnému opatření?

104

K řadě institutů spojených s předběžným řízením a současně českému právnímu řádu neznámým lze přiřčit v Německu na poli soutěžního práva vyvinutý a dnes již obecně etablovaný, ve Švýcarsku⁵⁵⁷ dokonce již i v zákoně upravený institut tzv. *Schutzschrift*. Lze jej chápat (přeložit) jakožto předběžné, preventivní či chránící vyjádření (podání).

Počátky, resp. důvody vzniku institutu souvisejí s obavou či předpokladem na straně „dlužníka“ (potenciálního odpůrce), že proti němu *bude* zahájeno řízení, které mu svou „jednostrannou“ konstrukcí nedovolí vyjádřit se (být slyšen) a „bojovat“ dříve, než dojde k nařízení provizorního opatření, které již je spojeno se zásahem do jeho právní sféry.⁵⁵⁸ Právě tomu má býti předejito, a to, jak se ukázalo, nejednou legitimně.

Obranou (obránným prostředkem) potenciálního odpůrce je pak *Schutz-schrift* (předběžné vyjádření), které obsahuje odpůrcovo právní a skutkové stanovisko a sleduje zabránění vydání předběžného opatření (nebo nařízení ústního jednání). V Německu se obsahově připouští vyjádření jak k otázce naléhavosti (*Dringlichkeit*), jakožto předpokladu vydání předběžného opatření bez ústního jednání, tak k otázkám předpokladů vydání předběžného opatření (zajišťovací důvod a zajišťovaný nárok).⁵⁵⁹ Zásadní povinnost (tj. nejen možnost) *Schutzschrift* *zohlednit*, je v Německu v současné době vyvozována i z ústavního práva.⁵⁶⁰ Pochybnosti na úrovni procesního práva (např. co do podmíněnosti procesního úkonu) řeší převažující německá nauka rovněž ve prospěch přípustnosti a nutnosti *Schutzschrift* *zohlednit*.⁵⁶¹ Případné vyjádření ke konkrétnímu návrhu na vydání předběžného opatření (který v době podání *Schutzschriftu* ani odpůrci není znám), však *Schutzschrift* zásadně nenahrazuje.⁵⁶²

Problematický aspekt takového předběžného podání spočívá minimálně v tom, že nejde o návrh na zahájení řízení ani jiné podání, se kterým by procesní předpisy „počítaly“.⁵⁶³ Proto se případná akceptace institutu v prvopočátcích děla na poli soudcovského dotváření práva.

V Rakousku je přístup k přípustnosti *Schutzschrift* spíše konzervativní, když jejich výskyt zřejmě není nikterak výrazný (dokonce některé publikace k soutěžnímu právu jej nezmiňují) a autoři, kteří se tematikou zabývají, poukazují spíše na problémy,

⁵⁵⁷ Viz čl. 270 sZPO.

⁵⁵⁸ Tato charakteristika je poměrně dobře čitelná již z čl. 270 sZPO.

⁵⁵⁹ Tak nikoli nesporně *Vollkommer, M.* in *Zöller, R.* *Zivilprozessordnung*. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2192.

⁵⁶⁰ Tamtéž.

⁵⁶¹ Srov. *Walker, W.-D.* *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Tübingen : Mohr, 1993, s. 396.

⁵⁶² *König, B.* *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 190.

⁵⁶³ Problematická může být např. již určitá podmíněnost obsahu, neznalost případně navrhovaných opatření, naložení s podáním v případě nezahájení jakéhokoli „obávaného“ řízení, vztah k překážce litispedence (*Schutzschrift* se v praxi podával, resp. podává ke všem potenciálně příslušným soudům) atd.

počínající již evidenčními záležitostmi, které jsou však v praxi předpokladem pro možné zohlednění *Schutzschriftu* v případně zahájeném řízení.⁵⁶⁴

Celá problematika pramení z toho, že potenciální⁵⁶⁵ odpůrce si není a nemůže být jist, jestli si soud vyžádá jeho stanovisko k návrhu na vydání předběžného opatření (viz vysvětlení k německému a rakouskému procesu, zejm. v důsledku rozhodnutí *Micall-ef*). V některých případech si naopak může být prakticky jist, že slyšen nebude (viz kritika procesu českého). Zásah do jeho dokonce ústavně zaručených práv přitom může být výrazný, faktické důsledky předběžného opatření neodstranitelné, resp. následná reparace nevratitelných „škod“ nemožná. To vše svědčí pro přípustnost působení na soud i prostřednictvím *Schutzschrift*.⁵⁶⁶ Jestli však jeho *zohlednění* soudem tam, kde soud k jinému slyšení odpůrce nepřistoupí, povede k zvolení cesty „ústního projednání“ nebo nevyhovění návrhu na vydání předběžného opatření, je věc zcela jiná. Nelze zamlčet, že ani *Schutzschrift* není rovnocennou zbraní, která by zcela vyrovnávala počáteční „procesní nerovnost zbraní“.

Problematika předběžných vyjádření je vysoce aktuální (jak ukazuje německý, švýcarský i rakouský příklad) a bezesporu „v pohybu“ od neznámého či „neosvojeného“, přes připouštěné až uznávané, až po legislativně upravené. ČR se z hlediska známé praxe nachází na počátku uvedené stupnice. Lze mít za to, že s narůstajícím a do všech právních oborů se rozšiřujícím nápadem předběžných opatření, která nutně jsou spojena s rizikem „nesprávnosti“ zásahu, se nutnost procesní kompenzace ve prospěch odpůrce projeví i v trendu, který vůči ochranným opatřením (vyjádřením) nebude odmítavý.

35. Možnost konečného (definitivního) vyřešení sporu předběžným opatřením?

Samo položení takovéto otázky je ve své podstatě kacířské ve vztahu k tomu, co bylo o předběžných opatřeních, jejich funkci, mezimnosti atd. řečeno.

105

Nelze však nevidět alespoň dvě tendence, které k uvedenému výsledku směřují.

⁵⁶⁴ Kodek, G. in Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 390, s. 12 a násl. Srov. však König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 190.

⁵⁶⁵ Nejen na poli soutěžního práva leckdy i „předvarovaný“ odpůrce, který např. obdržel výzvu ke zdržení se jednání.

⁵⁶⁶ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 190.

35.1. Vyloučení řízení ve věci hlavní, sumární řízení a korektiv náhrady škody

Lze poukázat na to, že to některé německé zákony předpokládají, že jisté spory budou vyřešeny v procesní formě, postavené na řízení o vydání předběžného opatření s tím, že je *vyloučena* možnost konat řízení ve věci hlavní. Takovouto výjimku představují některé zemské mediální zákony. Tímto způsobem upravuje např. zemský mediální zákon⁵⁶⁷ spolkové země Porýní-Falc (LMG) v § 11 odst. 4⁵⁶⁸ tzv. *Gegendarstellung*, tj. právo na odpověď.⁵⁶⁹ Legitimizačním důvodem takové úpravy je zejména to, že obě strany mají zájem na rychlém vyřešení takového sporu, když s odstupem času pozbývá případná odpověď vůbec na významu.

106

Obdobné úpravy nápadně připomínají překonané procesy (např. tzv. mandátní proces), které neposkytovaly dostatečné záruky spravedlivého procesu. Spor v nich byl konečným způsobem vyřešen podle pravidel tzv. pravého sumárního řízení. O nároku tak bylo rozhodnuto zejm. na základě osvědčení (viz marg. č. 61 a násl.) konečným způsobem. Taková řízení jsou opravdu spíše kuriozitou. Vždyť i na mysl tanoucí zvláštní řízení z rušené držby si zachovává punc provizornosti, když výsledek řízení lze překonat v tzv. petitoriu. V Rakousku k takovým výjimečným řízením používajícím prostředky a formy řízení o vydání předběžného opatření patří snad pouze řízení o náhradu škody způsobené předběžným opatřením (§ 394 EO), jehož charakteristika jakožto sumární řízení je ospravedlňována tím, že jde o „odplatu stejnou mincí“ za předchozí „útok“ předběžným opatřením.⁵⁷⁰

Rakouské právo také v některých výjimečných případech⁵⁷¹ počítá s tím, že se ospravedlnění (*Rechtfertigung*) návrhem na zahájení řízení ve věci samé nepožaduje, pokud je předběžné opatření vydáváno na časově omezenou dobu (půl roku nebo celý rok).⁵⁷² Tím by se mohlo zdát, že dochází ke konečnému, sumárnímu vyřešení sporu. Tak daleko však rakouský právní řád nejde, když naopak připouští návrh (žalobu) odpůrce znějící na určení, že zajišťovaný nárok neexistuje. Právní mocí rozhodnutí, kterým je takovému návrhu vyhověno, je pak splněna podmínka „oduznání“ nároku ve věci samé, která opravňuje k náhradě škody.⁵⁷³

Český OSŘ vychází bezvýjimečně z toho, že soud navrhopateli předběžného opatření uloží, aby podal návrh na zahájení řízení (§ 76 odst. 3 OSŘ); samozřejmě

⁵⁶⁷ *Landesmediengesetz* ze dne 4. 2. 2005 (GVBl. s. 23) ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁶⁸ „Für die Durchsetzung des vergeblich geltend gemachten Gegendarstellungsanspruchs ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Auf dieses Verfahren sind die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung entsprechend anzuwenden. Eine Gefährdung des Anspruchs braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden. Ein Verfahren zur Hauptsache findet nicht statt.“

⁵⁶⁹ Obdobné českému § 35 zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání.

⁵⁷⁰ *König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 146; *Kodek, G. in Apathy, P. a kol. (ed.) Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Wien : Jan Sramek, 2010, s. 1185.

⁵⁷¹ V podstatě jde o „domácí násilí“ (ochrana před násilím v bytech a obecné zásahy do privátní sféry).

⁵⁷² Např. § 382b odst. 2 EO.

⁵⁷³ *König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 145, 164.

pokud již k podání takového návrhu nedošlo. Vydané předběžné opatření tedy vyžaduje justifikaci (ospravedlnění). Podobně jako v Rakousku představují výjimku předběžná opatření podle ZŘS (srov. marg. č. 172 a násl.). Ani zde však nelze předejít situacím, kdy je zákonné schéma vztahu předběžného a hlavního řízení ovlivněno silou fakticity.

35.2 Konečnost v důsledku chování stran či fakticity

Druhou rovinu „definitivního vyřešení sporu předběžným opatřením“ představují situace, kdy vztah předběžného a hlavního řízení ve skutečnosti neodpovídá průběhu, který by vyplýval z jeho teoretického i zákonodárcem provedeného vymezení (viz marg. č. 18). Lze sem podřazovat některé situace, kdy k hlavnímu řízení nedojde vůbec, anebo kdy hlavní řízení již prakticky nedokáže ničeho změnit. První situace může být zapříčiněna např. tím, že zákonodárce zahájení hlavního řízení zapovídá nebo nevynucuje (např. Německo), tedy důvod je primárně *zákonný*, resp. vyplývá z kombinace zákona a chování stran (viz marg. č. 97). Anebo „jednostranné“ pro navrhovatele neúspěšné předběžné řízení vede k rozhodnutí hlavní řízení ani nezahajovat, resp. strany výsledek předběžného řízení akceptují tím, že se mimosoudně dohodnou o vzdání se projednání ve věci samé, resp. i nároků na náhradu škody, tedy důvod primárně vychází z *chování stran*. Druhá situace může být dána tam, kdy se v důsledku běhu času rozhodování ve věci samé stane obsoletní (např. sportovní událost již proběhla) a nárok na náhradu škody je iluzorní nebo jeho uplatňování není smysluplné (např. faktická nevymahatelnost nároku), takže odpůrce od něj ustoupí, tedy důvod primárně vychází z *faktické situace*.⁵⁷⁴ To přesto, že právní úprava ČR a Rakouska⁵⁷⁵ k justifikaci nutí pod sankcí náhrady škody (jiné újmy). Nařízení a výkon předběžného opatření má v takových případech kvalitu konečné právní ochrany. Nelze v těchto – výjimečných – případech nevidět, že předběžná ochrana se vymyká svému definičnímu ohraničení a *fakticky* hlavní řízení (konečnou ochranu) svým způsobem nahrazuje (viz marg. č. 21; je to zejm. vlastnost prozatímnosti a předběžnosti, která takový výsledek *právně* zapovídá). Výše uvedené situace se týkají zejm. některých zatímních předběžných opatření s efektem plnění.

Lze mít za to, že posléze uvedená situace se v ČR a zásadně i v Rakousku vymyká zákonnému (právnímu) vymezení, avšak představuje *faktický jev*. Již v rámci pojednání o vynucení justifikačního řízení bylo poukázáno na to, že OSŘ justifikaci bezvýjimečně požaduje, resp. v Rakousku i v ČR se jim v některých případech ospravedlnění (*Rechtfertigung*) prostřednictvím („vnuceného či vynuceného“) návrhu na zahájení řízení ve věci samé nepožaduje. Avšak současně není vyloučena žaloba odpůrce, který se za pomoci přinejmenším negativní určovací žaloby může domoci rozhodnutí,

⁵⁷⁴ Srov. Walker, W.-D. Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993, s. 25.

⁵⁷⁵ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 10.

které bude znamenat „oduznutí“ zajišťovaného nároku, čímž mu bude otevřena cesta k náhradě škody prostřednictvím zostřené odpovědnosti za škodu. Právě uvedené bude současně představovat dostatečně naléhavý právní zájem na takovém řízení o určovací žalobě.

Nasvědčuje-li konstelace případu tomu, že by výsledek předběžného řízení měl fakticky býti konečným, je to třeba zohlednit při posuzování zajišťovacího důvodu (v rámci vyvažování zájmů stran).

36. Ireverzibilita důsledků předběžného opatření a přípustnost takového předběžného opatření

Jsou myslitelné případy, kdy ani náhrada škody (újmy) nebude s to plně odškodnit (odčinit) důsledky předběžného opatření anebo alespoň některé z nich. Je otázkou, jestli je vůbec přípustné, takové předběžné opatření vydat. Tím se opět dostáváme k problematice předběžných opatření s efektem plnění, když právě u nich buď nebude vždy dobře možné obnovit stav předcházející vydání předběžného opatření, anebo i tak nastanou mezitímní důsledky, přičemž ani v jednom případě nebude dobře možné plné obnovení (odčinění) prostřednictvím náhrady škody (újmy).

108

Příklad:

Předběžný zákaz stávky nebo určitých výroků v předvolební kampani, předběžná úprava styku po dobu letních prázdnin, předběžný příkaz umožnit účast na sportovní události. Všechny tyto případy nedovolí navrátit situaci a ani plně odčinit újmu, kterou odpůrce v důsledku nejustifikovaného předběžného opatření utrpěl, a ve svém důsledku tedy budou leckdy fakticky představovat ireverzibilní úpravu, stejně tak jako případ, kdy fakticky není možné se náhrady škody po navrhovateli domoci.

Dospěli-li jsme v rámci pojednání o přípustnosti zatímních předběžných opatření s efektem plnění k závěru, že tyto přípustné jsou, přičemž jejich vydání předpokládá v rámci zajišťovacího důvodu zejm. odvažování zájmů stran, pak i pro případy plně nevratitelných předběžných opatření tomu nebude jinak (viz marg. č. 27). Přitom však právě okolnost – nevratitelnost (ireverzibilita) nastolené situace – bude třeba vzít při přijímání rozhodnutí v úvahu. Vyskytuje-li se riziko nezvratitelné újmy na obou stranách sporu a nemá-li dojít k *denegatio iustitiae* jednostranným pravidlem (např. vždy „vyhovět“ odpůrci), pak zajišťovací důvod (nebezpečí) na straně navrhovatele bude muset *podstatně* převážet nad případným nebezpečím újmy způsobené odpůrci z důvodu nemožnosti (plno)hodnotného obnovení původního stavu.⁵⁷⁶

Na závěr mnou zastávaného názoru lze zdůraznit, že výše popsané případy představují jakousi výjimku na druhou. Již samotné povolení předběžného opatření s efektem

⁵⁷⁶ Srov. obdobně *König, B.* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 36 a násl., 80 a násl.

plnění⁵⁷⁷ je vázáno na přísné požadavky. Hrozí-li navíc ireverzibilní následky,⁵⁷⁸ dostatečně nekompenzovatelné naturálně či alespoň penězi, pak obvykle nebude předběžné opatření vydáno, i když tím bude navrhovatelí způsobena nenahraditelná újma (čímž bude předejito nenahraditelné újmě na straně odpůrce). Avšak převládá-li *podstatně* důvody zvažované v rámci zkoumání zajišťovacího důvodu na straně navrhovatele nad těmi znamenajícími případné ohrožení odpůrce nenahraditelnou újmou, bude namísto garantovat efektivní ochranu práv a předběžné opatření vydat.

Lze poukázat na to, že existují jiné pohledy na zde zkoumanou problematiku. Rozšířený je náhled, který požaduje, aby bylo možné *obnovit stav*, který zde byl před vydáním předběžného opatření.⁵⁷⁹ Z tohoto pohledu lze *přípustnost* vydání předběžného opatření podmiňovat tím, jestli se návrat do předchozího stavu odehraje *automaticky* (samým zrušením předběžného opatření),⁵⁸⁰ anebo postačí alespoň návrat v důsledku *actus contrarius*.⁵⁸¹ Dále je možné rozlišovat podle toho, zda jsou důsledky ireverzibilní toliko co do *vedlejších důsledků*, či zda lze vedlejší či hlavní důsledky alespoň odstranit *adekvátní peněžní náhradou*. Uvedená problematika, volba rozhodných kritérií a konsekvence jejich prosazení je velice problematická a např. v Rakousku je řešena značně nejednotně. Z mého pohledu, výše prezentovaného, lze problematiku řešit právě zohledňováním kritérií, včetně těch uvedených (která jistě mají svou relevanci), právě při posuzování důvodu zajištění; uvedená problematika však (zejm. na podkladě judikатурních rozhodnutí) vystačí na samostatnou práci.⁵⁸²

KAPITOLA V.

Výklad platné právní úpravy předběžných opatření v OSŘ

Tato kapitola v návaznosti na předchozí partie kriticky nahlíží na stav platné právní úpravy předběžných opatření, včetně jejího výkladu zastávaného soudy a odbornou literaturou.

⁵⁷⁷ Zajišťovací předběžná opatření využívají ryze zajišťovacích způsobů zajištění, a tedy umožňují následný návrat v přechozí stav.

⁵⁷⁸ Tj. nad rámec nevratnosti úpravy po dobu „platnosti“ předběžného opatření, kterou odstát nelze nikdy.

⁵⁷⁹ Rubeš pravidlo chápal jako zásadu – „nelze zásadně naříditi takové předběžné opatření, jimž by se přivodil stav, který by znemožňoval vůbec nebo s nadměrnými obtížemi obnovit původní stav“ (Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 251).

⁵⁸⁰ Holzhammer, R. Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht. 4. vydání. Wien : Springer, 1993, s. 431.

⁵⁸¹ Rechberger, W., Oberhammer, P. Exekutionsrecht. 4. vydání. Wien : WUV Universitätsverlag, 2009, s. 497 („zásadně automaticky musí nastoupit předchozí stav“).

⁵⁸² Např. Franz Gschnitzer-Wissenschaftspreis oceněná disertační práce Praxmarer, E. Die Rückführbarkeit einstweiliger Verfügungen, 2014 (zatím nepublikováno).

1. Zajišťovaný nárok a zajišťovací důvod (§ 74 odst. 1, § 102 odst. 1 OSŘ)

Co do vymezení pojmů zajišťovacího důvodu a zajišťovaného nároku, jakožto základních předpokladů důvodnosti návrhu na vydání předběžného opatření, lze odkázat na obecnou část (viz marg. č. 22 a násl.).

109

1.1 Zajišťovaný nárok

Je možné poznamenat, že česká odborná literatura v rámci pojednání o požadavcích či předpokladech nařízení předběžného opatření poměrně překvapivě na zajišťovaný nárok zapomíná a výklady „základních“ ustanovení § 74 odst. 1, § 102 odst. 1 OSŘ směřují toliko k osvětlení zajišťovacích důvodů pro vydání předběžného opatření. Přitom se však jedná i o jednu z nejpodstatnějších výše identifikovaných mezi přípustnosti předběžného opatření, když předběžné opatření musí obsahově zachovat vazbu na v řízení ve věci samé uplatněný nárok (příp. nárok, který v řízení samém bude uplatněn);⁵⁸³ ostatně bez zajišťovaného nároku postrádá předběžné řízení smysl.

Zajišťovaný nárok je předpokladem pro poskytnutí předběžné ochrany a v rámci zajišťovacího řízení představuje předběžnou otázku: Pokud „zajišťovaný“ nárok neexistuje (není osvědčen) nebo má jen naturální podobu, nelze (není důvod) předběžnou ochranu poskytnout. Zajišťované hmotné právo (nárok) může být i *nesplatné* (např. dosud nesplatná kupní cena) nebo *podmíněné*,^{584, 585} avšak ne pokud jde o podmínky „neurčité nebo jejichž splnění je zcela nejisté“.⁵⁸⁶ Lze mít za to, že vyloučena mají být pouhá očekávání. K zajištění nesplatné či podmíněné pohledávky – před zahájením řízení ve věci samé – vydané předběžné opatření může být justifikováno podáním určovací žaloby⁵⁸⁷ (příp. dojde k zohlednění situace v rámci stanovení lhůt pro podání žaloby, když po splatnosti, resp. splnění podmínky již je třeba podat žalobu na plnění⁵⁸⁸).

V procesní formě uplatněný nárok může znít na plnění, určení nebo právotvorný výrok, včetně prohlášení vůle (§ 161 odst. 3 OSŘ). *Eventuálně* uplatněný nárok je podle rakouského OGH zajistitelný tam, kde se hlavní a eventuální požadavek ne-

⁵⁸³ Srov. marg. č. 33, kde je tato problematika (včetně „uvolnění této vazby v rámci zatímních předběžných opatření“) podrobně rozebrána.

⁵⁸⁴ Předběžné opatření lze povolit jen k zajištění nároků již existujících, třeba lhůtových vázaných nebo podmíněných, nikoliv však nároků, které teprve budoucně vzniknou. Za živá dárce tedy nelze nepominutelnému dědici povolit prozatímní opatření proti obdařenému na zajištění nároku (rozhodnutí NS ČSR z 12. 8. 1921, sp. zn. R II 310/21, Vážný 1149).

⁵⁸⁵ Uvedené pravidlo je traktováno i přes absenci výslovného ustanovení v tomto směru – srov. § 387 EO a např. Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 248.

⁵⁸⁶ Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 248.

⁵⁸⁷ Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1728.

⁵⁸⁸ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 29.

vylučují (např. vyloučení společníka, *in eventu* odnětí jeho zástupčího oprávnění⁵⁸⁹).

Pokud jde o charakter zajišťovaného nároku, „*nezáleží v řízení o prozatímním [čti „předběžném“ – pozn. autora] opatření na tom, zda má být rozhodnuto o nároku v řízení sporném, či nesporném, ale vždy se předpokládá, že rozhodnutí o návrhu patří soudům*“.⁵⁹⁰ Je míněno alespoň *potenciálně soudům civilním*. Tedy např. neškodí pravomoc rozhodců ani že k uplatnění nároku došlo v adhezním řízení trestním anebo že jde o zajištění nároku již vykonatelného podle notářského zápisu. Již *titulované* nároky, které lze exekučně vymáhat podle OSŘ (EŘ), lze také – při splnění ostatních požadavků – zajistit předběžným zajišťovacím opatřením, byť by se jinak o nich v civilním řízení nerozhodovalo.⁵⁹¹ Na základě výše uvedeného nepovažují za přesné názory, které naznačují, že by soud nutně ve všech případech musel mít pravomoc k meritornímu projednání zajišťovaného nároku v nalézacím řízení.

110

1.2 Zajišťovací důvod

Obecné zajišťovací důvody podle OSŘ jsou dva, formulované jako potřeba zatímní úpravy poměrů účastníků, resp. jako obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen.

1.3 Potřeba zatímní úpravy poměrů účastníků

Vysoký stupeň obecnosti prvního zajišťovacího důvodu daný historickým vývojem poskytuje oproti dřívější rakouské úpravě výhodu flexibilnějšího výkladu nesvázaného úzkou zákonnou formulací, což má nesporný význam pro předběžná opatření s efektem plnění, jejichž připuštění v rámci soudcovského dotváření práva nenaráží na pochybnosti „vykročení“ z rámce litery zákona. Tento zajišťovací důvod tak bude základem pro *zatímní* předběžná opatření – regulující i s efektem plnění (odkazují na podrobný výklad v marg. č. 14 až 17). Na druhou stranu však absence alespoň příkladného vymezení situací, na které má ustanovení dopadat (a s tím spojené nemožnosti následného argumentu *a simili* pro další případy), vede k zatemnění podstaty daného zajišťovacího důvodu. Je tak třeba se obrátit do historie (k EO), která nám pomůže vyvodit základní prototypy (příklady) zajišťovacího důvodu (potřeby zatímní úpravy poměrů). Těmi jsou *hrozící násilí* a alternativně *hrozící nenapravitelná škoda (újma)*, jejichž realizaci je *potřeba* předejít (odvrátit). Na tyto příklady však nelze zajišťovací důvod omezit, když předběžné opatření může být *potřebné* i tam, kde hrozí jiná *podstatná nevýhoda*⁵⁹² nebo je dán jiný,

111

⁵⁸⁹ OGH SZ 64/153.

⁵⁹⁰ Rozhodnutí NS ČSR z 16. 7. 1932, sp. zn. R I 579/32 (Vážný 11830).

⁵⁹¹ Obdobně pro Rakousko srov. Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 378, s. 8.

⁵⁹² Srov. § 940 dZPO.

řekněme obdobně podstatný důvod odstranění účastníku (poměrům účastníků) hrozícího nebezpečí, přičemž „samotné“ řízení ve věci samé by nebylo s to dostatečnou rychlou právní ochranu poskytnout. Český zákonodárce – rovněž v návaznosti na historické tradice – v tomto smyslu jako kvalifikované nebezpečí výslovně⁵⁹³ identifikoval nedostatek výživného a ztrátu pracovní odměny, které lze chápat jako druhy *existenčního ohrožení* navrhovatele. Tam, kde již „hrozící“ násilí či jiné svémocné jednání vytvořilo nový protiprávní stav, je zásadně zajišťovací důvod nadále dán a bude možné tento nežádoucí stav odstranit.⁵⁹⁴ Nenapravitelnou újmu (příp. podstatnou nevýhodu) lze vztáhnout k materiálním a imateriálním (právem chráněným) hodnotám, které nelze naturálně ani adekvátně peněžně odčinit, resp. odškodnit. Pro čistě majetkovou škodu, která je adekvátně napravitelná penězi, bude dostatečná právní ochrana poskytovaná ve věci samé.

Příklad:

Potřebu předběžného opatření budou pravidelně vyvolávat svémocná (zejm. násilná) jednání včetně jejich kvalifikovaných hrozeb, hrozící porušení osobnostních práv (cti, dobré pověsti), zdravotní újma, ztráta klientely, rozmělnění ochranné známky, odpojení od dodávek vody, plynu či elektřiny, jiná existenční ohrožení či podstatné zhoršení kvality života či bydlení, příp. i vyloučení hráče z účasti na mezinárodní soutěži,⁵⁹⁵ vyloučení z účasti na užívání věci (v zaniklém společném jmění manželů apod.) nebo na podstatných záležitostech spolku či obchodní společnosti, pokračování v jednání za společnost s ručením omezeným „odvolaným“ zlomyslným jednatelem⁵⁹⁶ atd.

Příklad:

Návrh na vydání předběžného opatření na zdržení se prodeje podobného („zaměnitelného“) stolního kalendáře pro rok 1999, aniž byla v sázce jakákoli zapsaná práva dvou výrobců „kalendářů všeho druhu“, posuzoval soud prizmatem „nezbytnosti“ v tom smyslu, že nic nebrání tomu, aby se navrhovatel ve věci samé (o ochranu proti jednání nekalé soutěže) domáhal nahrazení škody; pokud nehrozila „nenahradiitelná“ újma, bylo adekvátní peněžní odškodnění. V daném případě soud vzal v úvahu též nižší míru pravděpodobnosti úspěchu ve věci samé (viz níže k tzv. „*Interessenabwägung*“).⁵⁹⁷

Předmětné nebezpečí musí být *konkrétní*. *Důkazní břemeno* je ve sporu na navrhovatelí.

Již v obecné části bylo řečeno, že součástí předpokladů vydání zatímního předběžného opatření je v rámci zjišťování zajišťovacího důvodu prováděné „odvažování a vyvažování“ zájmů stran. Je *třeba*⁵⁹⁸ zvážit a vyvážit konflikt zájmů stran daného

⁵⁹³ V rámci úpravy opatření přijímaných za účelem jeho odstranění.

⁵⁹⁴ Shodně Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, s. 41.

⁵⁹⁵ Rozhodnutí OGH sp. zn. 8 Ob 176/00x a sp. zn. 7 Ob 273/03 b.

⁵⁹⁶ Rozhodnutí OGH sp. zn. 2 Ob. 524/92. Předběžné opatření pak směřuje k zatímnímu odebrání jednateleško (zástupčího) oprávnění.

⁵⁹⁷ Příklad vychází z rozhodnutí VS v Praze sp. zn. 3 Cmo 166/98 (publikováno in Svoboda, K. Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013, s. 81).

⁵⁹⁸ Viz znění § 74 odst. 1 (§ 102 odst. 1) první alternativa OSŘ.

individuálního případu, zejm. závažnost zásahu do sféry odpůrce.⁵⁹⁹ Jen převáží-li při zvážení zájmů stran důvody naléhavosti zajišťovacího důvodu na straně navrhovatele, bude možné předběžné opatření vydat, tj. výsledek *vyvažování zájmů* by měl vyznít ve prospěch navrhovatele. Do neuzavřeného katalogu zvažovaných kritérií lze zařadit

- a. na obou stranách hrozící škody (újmy),⁶⁰⁰ včetně jejich výše (intenzity),
- b. reálnost odškodnění prostřednictvím nároku na náhradu škody (újmy),
- c. nenahraditelnost újmy či jiné kvalifikované nebezpečí na straně odpůrce,
- d. míru nutnosti a potřebnosti poskytované ochrany,
- e. jakož i „sílu žalobcova případu“ (např. prakticky jasné vyznění sporu ve věci hlavní).⁶⁰¹

Jde o určité „praktické úvahy“ vlastní povaze předběžného řízení. Podstatné bude zvážení toho, jaké konkrétní opatření, resp. způsob ochrany je navrhován.

Příklad:

Pokud by žalobci hrozila újma na cti v míře relativně nepatrné (což je osvědčeno, avšak výsledek sporu může vyznít i ve prospěch „práva kritiky“), avšak vydavatel by ztrácel dobré jméno, zákazníci a utrpěl materiální škodu znehodnocením nákladu a nemožností jeho uvedení na trh, může vyvážení zájmů dopadnout ve prospěch žalovaného.

Předběžné opatření, jímž by žalovanému bylo uloženo zdržet se v jím vydávaném deníku uveřejňování jakýchkoli komentářů a informací týkajících se osoby žalobce, s výjimkou přetiskování zpráv převzatých od oficiálních tiskových agentur, do rozhodnutí ve věci samé, znamená restriktci svobody projevu, která je zaručena Listinou základních práv a svobod.⁶⁰²

Česká právní úprava hovoří o zatímní úpravě poměrů, tj. zejm. bez adjektiva typu „právních“⁶⁰³. Zřejmě v důsledku toho došlo ke zmatkům v teorii i praxi, které se snaží odlišit faktické poměry od poměrů právních. Předběžné opatření pak má podle některých⁶⁰⁴ zajistit úpravu jen těch faktických poměrů, podle jiných⁶⁰⁵ těch právních.

113

⁵⁹⁹ Z pohledu německého právního okruhu jde o tzv. *Interessenabwägung*; srov. např. Brox, H., Walker, W.-D. *Zwangsvollstreckung*. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011, s. 740; Stein, F., Jonas, M. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 202.

⁶⁰⁰ Kupř. se bude zvažovat a vyvažovat potenciální újma na právech majitele patentu na využívání časově limitovaných práv oproti újmě výrobci, který se musí zdržet uvádění výrobku na trh nebo provést jeho stažení.

⁶⁰¹ Srov. Hrnčířik, V. *Srovnání právní úpravy předběžných opatření v USA a v ČR*. Právní rozhledy, 2014, č. 12, s. 419 a násl.

⁶⁰² Usnesení VS v Praze ze dne 7. 2. 1994, sp. zn. 3 Co 16/94 (PR 11/1994 s. 414).

⁶⁰³ dZPO vztahuje úpravu k spornému právnímu vztahu.

⁶⁰⁴ K. Svoboda uvádí, že „předběžné opatření ... slouží k nápravě faktických, nikoliv právních vztahů mezi účastníky“, příp. že „slouží především k prozatímní stabilizaci faktických vztahů mezi účastníky“ (Svoboda, K. Prokazování důvodů pro vydání předběžného opatření v judikatuře českých soudů. *Jurisprudence*, 2013, č. 6, s. 3–7).

⁶⁰⁵ Účelem zatímních opatření „je zatímní úprava právních poměrů účastníků, tato má místo jen tehdy, je-li potřeba upravit před rozhodnutím ve věci samé právní (nikoli faktické) poměry účastníků“ (rozhodnutí KOS ze dne 9. 2. 1998, sp. zn. 10 Cm 474/94, SR 7/1998 s. 173). Obdobně David, L. a kol. *Občanský*

Důsledkem má být dokonce nepřípustnost úpravy prostřednictvím předběžného opatření. Podle K. Svobody je „*zásada, podle níž institut předběžných opatření slouží nápravě faktických, a nikoli právních vztahů mezi účastníky, ... stěžejním pravidlem charakterizujícím podstatu institutu předběžných opatření*“.⁶⁰⁶ Soudní praxe rozlišení zřetelně nenalezla, když většinou za faktické vztahy má ty, kdy zřejmě došlo ke zrušení předchozího právního vztahu⁶⁰⁷ anebo „*je sporný vznik nároku (na náhradu za ztrátu na výdělku)*“.^{608, 609} příp. má snaze upravit faktické poměry nasvědčovat úsilí domoci se „*zákazu vstupu odpůrce do bytu*“.⁶¹⁰ Oproti názoru K. Svobody mám za to, že naopak úpravu porušených, ohrožených či jinak narušených (sporných) *právních* poměrů má zatímni opatření za cíl. Půjde o právní vztahy týkající se věcných práv, průmyslových práv, závazků (nájemního, pracovního) atd. Avšak ani úprava „*faktického*“ poměru nebude výjimečně vyloučena. Např. budeme-li za faktické vztahy považovat ty vyplývající ryze z držebních poměrů.⁶¹¹ Lze dodat, že obsahem předběžného opatření je úprava práv a povinností účastníků. Na této rovině tedy o jakékoli fakticitě nemůže být řeč. Konečně mám za to, že otázku, jaké poměry jsou upravovány, je třeba nesměšovat s otázkou „*nepředbírání*“ věci samé (srov. marg. č. 41 a násl.).

1.4 Obava, že by exekuce byla ohrožena

Z formulace druhého zajišťovacího důvodu (tj. obavy, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen) jednoznačně plyne nebezpečí, kterému zákonodárce hodlá předcházet. Ohrožení nucené realizace zajišťovaného nároku (nebezpečí, že přiznaný nárok zůstane „jen na papíře“), resp. obava v tomto směru, je dostatečným důvodem pro to, aby takové nebezpečí bylo odvráceno. Lze mít za to, že ohrožení je dáno nejen tehdy, pokud by výkon soudního rozhodnutí, resp. uskutečnění (splnění) zajišťovaného nároku, bylo zcela zmařeno, ale i tehdy, pokud by bylo podstatně ztíženo.⁶¹² I zde je možné se odvolat na příklady vyzdvihnuté dřívější právní úpravou v EO. Vymození (dobyty) peněžité pohledávky bude ohroženo zejm. tam, kde je obava z „*porouchání, zničení, zatajení nebo zavlčení majetkových kusů, zcizení nebo jiného nakládání s předměty dlužníkovy jmění, zvláště úmluvami učiněnými o tom s jinými osobami*“. Ohrožení jiného než peněžitého nároku pak bude dáno zejm. obavou, že by skuteč-

114

soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 74 odst. 1 bod 9.

⁶⁰⁶ Svoboda, K. Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013, s. 65.

⁶⁰⁷ Srov. děj popsany v usnesení ÚS ze dne 5. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 110/09.

⁶⁰⁸ Usnesení KS v Ostravě ze dne 20. 1. 2003, sp. zn. 16 Co 7/2003 (SR 5/2003 s. 164; Svoboda, K. Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013, s. 65).

⁶⁰⁹ V obou případech však správné řešení spočívá v zjištění neexistence či neosvědčení zajišťovaného nároku.

⁶¹⁰ Srov. děj popsany v usnesení ÚS ze dne 29. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 401/05, kdy obecné soudy odmítly mj. z důvodu snahy upravovat faktické poměry poskytnout ochranu proti „opakování fyzických útoků“; takto uvedený důvod odepření ochrany je zřetelně chybný.

⁶¹¹ Grunsky uvádí, že existuje-li praktická potřeba žádané úpravy vztahů, nemělo by docházet k zamítnutí návrhu na podkladě úvah o pojmosloví, zda existuje *právní vztah* (Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 234).

⁶¹² Srov. § 379 EO.

nění (splnění) zajišťovaného nároku bylo zmařeno či podstatně ztíženo v důsledku změny dosavadního stavu (*status quo*).

Příklad:

Potřebu zásahu budou pravidelně vyvolávat nekalá jednání dlužníka představovaná odstraňováním majetkových hodnot, transakce „naoko“, zcizení podstatné (či dokonce jediné) majetkové hodnoty, rozhazovačný způsob života či závislost na automatech, skrývání pobytu atp. Nepeněžitý nárok na vydání věci by mohl být zmařen zpracováním či zabudováním věci anebo jejím vystavením vlivům, které by znamenaly její zničení či ztracení (odcizení).

Česká právní úprava upustila od subjektivního ohrožení realizace peněžitě pohledávky, která je vlastní Rakousku (§ 379 odst. 2 EO).⁶¹³ Ohrožení výkonu tedy nemusí vycházet z jednání dlužníka, resp. odpůrce, natož pak z jeho viny, protiprávního jednání či dokonce úmyslu,⁶¹⁴ ale může případně vyplynout i z jednání třetích osob nebo jiné změny okolností (např. přírodní události). To však vždy kumulativně v kombinaci s obavou *dalšího* zhoršení vymahatelnosti (realizace) práva (výkonu rozhodnutí).⁶¹⁵ Samotné již existující (stávající) nepříznivé majetkové poměry dlužníka důvodem předběžné ochrany nejsou. Rovněž samotné popírání zajišťované pohledávky (nároku) odpůrcem nelze kvalifikovat jako dostatečný zajišťovací důvod.

Příklad:

Z pouhého nezaplacení kupní ceny v termínu sjednaném ve smlouvě o prodeji podniku nelze dovodit potřebu (reálnost obavy z ohrožení výkonu rozhodnutí) nařízení předběžného opatření.⁶¹⁶

V Rakousku i Německu se má zajišťovací důvod spočívající ve ztížení výkonu rozhodnutí za daný (předpokládaný) tam, kde by tamní rozhodnutí muselo být vykonáno ve státě, ve kterém není zajištěna reciprocita výkonu,⁶¹⁷ resp. výkon není zajištěn (*gesichert*) prostřednictvím mezinárodních smluv či unijního práva.⁶¹⁸ O obecném raciu takové úpravy netřeba pochybovat. Výkon rozhodnutí v zahraničí (oproti možné exekuci v tuzemsku) bude zpravidla provázen jistým ztížením pozice navrhovatele. Ve vztahu k „členským státům“⁶¹⁹ však ESD vyslovil názor,⁶²⁰ podle kterého je skry-

⁶¹³ Srov. např. Hora, V. Exekuční právo. Praha : V. Linhart, 1938, s. 214: „ohrožení musí mít původ v dlužníkovi samém... musí býti povahy subjektivní (třebas ne dolosní)“.

⁶¹⁴ Byť toto obvykle bude stát v popředí.

⁶¹⁵ Srov. Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1653; Stein, F., Jonas, M. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, s. 34. V Německu se jako příklad uvádí uvěznění dlužníka nebo bojkot jeho obchodního závodu, spojené se ztenčováním, resp. kolapsem jeho majetku (např. Zöller, R. Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 2144).

⁶¹⁶ Usnesení KS v Brně ze dne 4. 10. 1993, sp. zn. Ne 8/93 (SR 1/1995 s. 3).

⁶¹⁷ § 917odst. 2 dZPO.

⁶¹⁸ § 379 odst. 2, § 381 EO.

⁶¹⁹ K nimž třeba řadit státy Bruselské úmluvy z 27. 9. 1968, Luganské úmluvy z 16. 9. 1988 a nařízení Brusel I bis (v rozsahu jejich věcné působnosti).

⁶²⁰ Již reflektovaný ve výše uvedeném rakouském a německém právní úpravě.

tou diskriminací, a tedy nepřipustné, pokud by zajišťovacím důvodem měla být *toliko* nutnost následného výkonu rozhodnutí v zahraničí.⁶²¹ Bude tedy nutné pro předpokládání výkonu rozhodnutí ve věci samé v jiném „členském státě“ přesvědčit soud o *konkrétním* zajišťovacím důvodu, který jde za rámec obecné obavy ze ztížení výkonu v důsledku nutnosti vymáhat nárok v zahraničí, neboť ESD považuje podmínky výkonu rozhodnutí (rizika s tím spojená) v „členských státech“ za shodné,⁶²² a tedy *a priori* nelze vycházet ze ztíženého výkonu rozhodnutí.⁶²³ Pro ostatní zahraničí lze mít za to, že hrozba nutnosti výkonu tuzemského titulu v cizině může být dostatečným zajišťovacím důvodem (aniž by však existovala právní domněnka v tomto směru).⁶²⁴ Lze dodat, že zajišťovací důvod nemůže být dán, má-li odpůrce v tuzemsku dostatek jiného majetku (zejm. půjde-li o nemovitosti). To je důsledek obecnějšího principu, který zapovídá předběžné opatření tam, kde sice odpůrcova (dlužníková) jednání zdánlivě ztěžují exekuci, resp. uspokojení nároku, který však jako celek ohrožen není, neboť navrhovatelova pohledávka je dostatečně zajištěna jinak (např. bankovní zárukou anebo ji lze spolehlivě uspokojit z dalšího majetku odpůrce).

2. Účastníci řízení a „třetí“ osoby (§ 74 odst. 2, § 76 odst. 2 OSŘ)

Účastníky řízení o vydání předběžného opatření jsou dle zákonného textu navrhovatel a ti, kteří by jimi byli, kdyby šlo o věc samu. Zákonné ustanovení upravující účastenství v předběžném řízení se v českém (československém) právním řádu *objevuje* až účinností současného OSŘ. Srovnávané úpravy (OSŘ 1950, EO⁶²⁵ i dZPO) si vystačily, resp. i vystačí s obecnou úpravou účastenství bez speciálního ustanovení v rámci úpravy předběžného řízení. Lze spekulovat, že československý zákonodárce zamýšlel vytvořit „komplexní“ úpravu, proto také pro předběžné řízení vůbec nestanovil, jaká ustanovení se použijí jako podpůrná (srov. marg. č. 13).⁶²⁶ Mám za to, že zákonné ustanovení je *nadbytečné*,⁶²⁷ ba dokonce zavádějící, neboť může svádět k výkladu, že by účastníkem nebyl navrhovatelem *označený* odpůrce, pokud by se zjistilo, že nebudou účastníkem sporu ve věci samé, anebo že naopak účastníkem je i někdo, koho

115

⁶²¹ Rozsudek ESD (šestého senátu) ze dne 10. 2. 1994, *Mund & Fester proti Hatrex Internationaal Transport*, C-398/92.

⁶²² Tamtéž, bod 20.

⁶²³ Z praktického pohledu je však názor ESD více než problematický a rozhodně ne nesporný.

⁶²⁴ Srov. Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 250.

⁶²⁵ Srov. např. Burgstaller, A., *Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar*. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 390, s. 3.

⁶²⁶ NS dovodil: „Ustanovení § 74 až 77a OSŘ sice neupravují postup soudu v řízení o předběžném opatření v plném rozsahu a zákon ani nestanoví podpůrné použití ustanovení obsažených v ostatních částech OSŘ, ze systematického uspořádání OSŘ lze však dovodit, že pro řízení upravená v části druhé (včetně řízení o předběžném opatření) se plně použijí ustanovení části první a přiměřeně též ustanovení částí dalších, zejména části třetí. To platí samozřejmě jen tehdy, není-li v § 74 až 77a OSŘ stanoveno jinak, a jen v rozsahu potřebném k dosažení účelu sledovaného institutem předběžného opatření“ (usnesení NS ze dne 8. 6. 2011, sp. zn. 28 Cdo 800/2011).

⁶²⁷ Naprosto vystačí obecná úprava.

navrhovatel ani neoznačil, pokud by byl účastníkem ve věci samé.⁶²⁸ Takový výklad však pro *sporné* řízení nemůže obstát (srov. § 90 OSŘ, jakož např. i § 250a OSŘ a § 6, 403 a 454 ZŘS). Navíc může mást pojem „věc sama“, když aplikačně jistě nemají být vyloučena předběžná opatření ve fázi možného exekučního vymáhání. Ustanovení § 74 odst. 2 OSŘ tak nelze přikládat větší význam. Např. Rubeš ustanovení správně přisuzuje *jen* význam odkazovací.⁶²⁹

Vedlejší účastenství ve sporném řízení o vydání předběžného opatření považují za přípustné, v praxi sice nevyužívané, což však podle mého názoru současně neznamená nepraktické (tak Drápal⁶³⁰); srov. dále ohledně pozice tzv. třetích osob.

116

Související otázkou je možnost zásahu předběžným opatřením do právní sféry, resp. práv *třetích* osob, tj. na vztahu navrhovatele a odpůrce nezúčastněných. Platí nepsaná *zásada*, že takový zásah není přípustný.⁶³¹

117

Jistě se však právní sféry třetí osoby předběžné opatření může *dotknout* (např. předběžné opatření zakazující odpůrci czizit nemovitost má vliv na postavení budoucího kupujícího). Takový *nepřímý* „zásah“ bude zpravidla přípustný.⁶³²

Nelze nevidět, že v některých případech předběžná opatření musejí mít vůči třetím osobám i *přímé účinky*, mají-li vůbec mít efekt, např. soudní obstávka odpůrcovy pohledávky či věci v rukou třetí osoby. Znění v tomto směru relevantního § 76 odst. 2 OSŘ⁶³³ je důsledkem snahy o zjednodušení právní úpravy, když předchází právní úpravy výslovně s ukládaným opatřením spojovaly určité účinky vůči třetím osobám (např. vůči poddlužníkovi). Lze upozornit na obdobu (paralelu) účinků s exekučním řízením (srov. např. § 304 a § 313 odst. 1 *in fine* OSŘ). Vyzovují, že zásadně bude spravedlivé (ve smyslu § 76 odst. 2 OSŘ) po třetí osobě požadovat plnění komplementární povinnosti, kterou jí jinak zákonodárce umožňuje uložit v exekučních sou-

⁶²⁸ Srov. např. Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 471 a násl. (okruh účastenství má být stejný jako v řízení ve věci samé, údajně i proto musí návrh obsahovat hrubý popis navazující žaloby).

⁶²⁹ Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 252.

⁶³⁰ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 422.

⁶³¹ Srov. např. Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 378, s. 16, § 390, s. 9.

⁶³² Nelze však vyloučit, že nárok třetí osoby vůči odpůrci (resp. povinnost odpůrce vůči třetí osobě) zabráni vydání předběžného opatření na podkladě tzv. vyvažování zájmů stran, např. protože majetek nelze použít k uspokojení pohledávek věřitele, resp. navrhovatele (srov. judikaturu ÚS ohledně postavení členů bytového družstva se zákonným nárokem na bezúplatný převod bytové jednotky – např. nálezy ÚS ze dne 12. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 676/07, a dále ze dne 12. 8. 2010, sp. zn. III. ÚS 123/08, kterým ÚS členovi bytového družstva přiznal legitimaci vznést návrh na zrušení předběžného opatření podle § 77 odst. 2 OSŘ). Nelze však podle mého názoru z nálezů vyvozovat, že se člen družstva stává účastníkem celého předběžného řízení či dokonce že by návrh na vydání předběžného opatření měl směřovat i vůči takovému členu bytového družstva (opačně Svoboda, K. Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013, s. 32 a 34); vůči členu družstva (mj.) totiž nemá navrhovatel ve zkoumané konstelaci zajišťovaný nárok (peněžitou pohledávku). Uvedené situaci by spíše „slušelo“ chápat členu družstva jako vedlejšího účastníka (§ 96 OSŘ).

⁶³³ Předběžným opatřením lze uložit povinnost někomu jinému než účastníku jen tehdy, lze-li to na něm spravedlivě žádat.

vislostech.⁶³⁴ Zrcadlově však lze říci, že předběžné opatření vůči třetímu nemůže jít za rámec zásahů, které by byly vůči třetímu dovolené v případné exekuci. To vycházejí ze zajišťovaného nároku, resp. k jeho realizaci možných opatření,⁶³⁵ srov. např. § 341 OSŘ, který umožňuje odstranění věcí umístěných se souhlasem povinného ve vyklizovaném nebo na vyklizovaném objektu.⁶³⁶ Podstatnou mez pak představuje zákaz prosazovat prostřednictvím § 76 odst. 2 OSŘ samostatný zajišťovaný nárok příslušející navrhovateli vůči „třetímu“. Ten musí být „spravedlivě“ prosazen v samostatném řízení vůči „třetímu“ při plném zachování jeho účastnických práv.⁶³⁷ Lze mít za to, že pozice třetího musí být podle § 76 odst. 2 OSŘ v uvedeném smyslu *odvozená* od odpůrce.

Není pochyb o právu třetího se *odvolat* do té části předběžného opatření, která mu ukládá povinnost;⁶³⁸ musí tedy jít o přímý „zásah“ do právní sféry třetího. Spornější může být otázka přípustnosti *návrhu na zrušení* dané části předběžného opatření podaného třetí osobou (§ 77 odst. 2 OSŘ). V Rakousku jej většinová nauka nepřipouští.⁶³⁹ V českém právu jej v atypických případech ÚS připustil.⁶⁴⁰ Třetí osoby obecně mohou využít i prostředků nápravy, daných v exekučním (vykonávacím) řízení (např. excindační žaloba či s ní spojený odklad); srov. marg. č. 49.

Lze dodat, že účinky předběžného opatření nejdou ani vůči třetím osobám nad rámec „faktičností“ zajištění (srov. marg. č. 45). Zejm. není založeno právo pořadí anebo právo věcné ani zákaz třetímu nezamezí vést na „postižený předmět, resp. pohledávku“ exekuci (srov. však názor NS v rozsudku ze dne 26. 1. 2016, sp. zn. 25 Cdo 4709/2014). K výkonu a některým dalším souvislostem srov. marg. č. 77.

3. Pravomoc a příslušnost k nařízení předběžného opatření (§ 74 odst. 3, § 75 odst. 1, § 102 odst. 3 věta první OSŘ)

V § 74 odst. 3 OSŘ je upravena *věcná* a *místní* příslušnost soudu k nařízení předběžného opatření. Nelze však opomenout požadavek jednak na *mezinárodní příslušnost* (pravomoc) (tj. zejm. ZMPS, resp. „evropské předpisy“ a mezinárodní smlouvy),

118

⁶³⁴ Srov. např. Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 502 (tzv. obstavení či zrušení účtu); Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 244 (poddlužník).

⁶³⁵ Srov. Konecny, A. Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Wien : Manz, 1992, s. 317 a násl. Se vši vědomostí naprosto výjimečného charakteru opatření podobného vyklizení v předběžném řízení.

⁶³⁷ Srov. obdobně Konecny, A. Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Wien : Manz, 1992, s. 319 a násl.

⁶³⁸ Shodně např. Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 502; Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 257 (arg. slov. „nelze-li to na ní spravedlivě požadovat“); Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 443.

⁶³⁹ König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 249 a 259; Konecny, A. Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Wien : Manz, 1992, s. 332; OGH ŮBA 1998, 136 a násl.

⁶⁴⁰ Srov. pozn. pod čarou č. 632.

jednak na *pravomoc civilního soudu* (viz § 7 OSŘ).

Pravomoc českých soudů (*mezinárodní příslušnost, resp. pravomoc*⁶⁴¹) je zásadně dána, jestliže je podle procesních předpisů pro řízení *místně* příslušný soud na území ČR (§ 6 ZMPS). Např. § 86 odst. 2 OSŘ umožňuje uplatnění majetkového práva u českých soudů, má-li odpůrce, resp. žalovaný v ČR majetek. Dbát je však třeba ustanovení práva EU a mezinárodních smluv, které použitelnost pravidel ZMPS mnohdy předchází („přebíjí“) a limitují.

Ve vztahu k příslušnosti k vydání předběžných opatření lze upozornit zejm. na čl. 35 nařízení Brusel I bis,⁶⁴² čl. 20 Brusel II bis,⁶⁴³ čl. 14 nařízení Rady (ES) č. 4/2009,⁶⁴⁴ čl. 103 nařízení Rady (ES) č. 207/2009⁶⁴⁵ a čl. 90 nařízení Rady (ES) č. 6/2002.⁶⁴⁶ Pro ilustraci složité problematiky⁶⁴⁷ se zaměřím jen na nařízení Brusel I bis.

Základní pravidlo zní: Soud, který je dle nařízení Brusel I bis příslušný k projednání a rozhodnutí věci samé, může vydat jakékoliv přípustné⁶⁴⁸ a potřebné předběžné opatření.⁶⁴⁹

Podle nařízení Brusel I bis⁶⁵⁰ však mohou být „předběžná nebo zajišťovací opatření“, která jsou upravena právem ČR, u českých soudů navržena (a vydána) i tehdy, je-li pro rozhodnutí *ve věci samé příslušný soud jiného členského státu*. Toto, resp. obdobná ustanovení evropských nařízení překonávají jistou „neslučitelnost“ s § 74 odst. 3 OSŘ; to znamená, že zahájení a vedení řízení ve věci samé v jiném členském státě nebude bránit vydání předběžného opatření v ČR. Obdobně nebude na překážku vydání předběžného opatření ani nutnost vést „justifikační“ řízení v zahraničí. Je však třeba dodat, že nařízení předběžného opatření na základě čl. 35 nařízení Brusel I bis je podle judikatury

⁶⁴¹ K problematice terminologie srov. např. *Bříza, P. a kol.* Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 41.

⁶⁴² Nařízení Evropského parlamentu a Rady EÚ č. 1215/2012 ze dne 12. 12. 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

⁶⁴³ Nařízení Rady (ES) č. 2201/2003 ze dne 27. 11. 2003 o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti. K tomu v české judikatuře srov. usnesení NS ze dne 26. 2. 2014, sp. zn. 30 Cdo 2554/2013 (Rc 66/2014, C 13743): „*Dříve zahájené řízení u jiného soudu členského státu ve věci rodičovské zodpovědnosti, v němž bylo vydáno pouze předběžné nebo zajišťovací opatření podle ustanovení čl. 20 nařízení Brusel II bis nezakládá překážku zahájení řízení ve smyslu ustanovení čl. 19 odst. 2 nařízení Brusel II bis ve vztahu k řízení ve věci rodičovské zodpovědnosti zahájeného později u českého soudu.*“

⁶⁴⁴ O příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností, ze dne 18. 12. 2008.

⁶⁴⁵ O ochranné známce Společenství, ze dne 26. 2. 2009.

⁶⁴⁶ O (průmyslových) vztorech Společenství, ze dne 12. 12. 2001.

⁶⁴⁷ Složitost plyne již z jazykového hlediska. Formulace kritérií ESD je obtížně pochopitelná, řada otázek zůstává otevřená a leckdy je řešena na podkladě institutů *sui generis* (např. zásadní rozhodnutí ve věci *Van Uden* řeší předkládané otázky vzniklé z holandského sumárního procesu *kort geding*).

⁶⁴⁸ Dle svého národního právního řádu.

⁶⁴⁹ Rozhodnutí ESD ve věci *Van Uden Maritime BV*, C-391/95, odst. 48.

⁶⁵⁰ Viz čl. 35 nařízení: „*Předběžná nebo zajišťovací opatření, která jsou upravena právem jednoho členského státu, je možné u soudů tohoto členského státu navrhnout i tehdy, kdy je pro rozhodnutí ve věci samé příslušný soud jiného členského státu.*“

⁶⁵¹ Ve významu vykládaném *autonomně* (!).

ESD⁶⁵² podmíněno mimo jiné existencí *reálného* vztahu mezi obsahem navrženého opatření a územní působností soudu členského státu, u něhož byl návrh na jeho vydání podán.⁶⁵³ „Předběžnými nebo zajišťovacími opatřeními“ ESD rozumí opatření, která jsou v oblastech spadajících do *rozsahu působnosti nařízení* určena k zachování faktické nebo právní situace za účelem zajištění práv, jejichž prosazení je požadováno po soudu rozhodujícím ve věci samé.⁶⁵⁴ Lze za ně jistě považovat předběžná opatření podle českého práva (OSŘ, ZŘS), byť např. ta s efektem plnění mohou podléhat – podle ESD – dalším restrikcím co do použitelnosti čl. 35 nařízení.⁶⁵⁵

Ustanovení § 74 odst. 3 OSŘ může svým zněním mást i v jiném ohledu: Zajišťovaný nárok může být předmětem rozhodčího řízení nebo vykonatelný např. z titulu doložky v notářském zápisu. I takovéto nároky (srov. marg. č. 110) může soud zajistit vydáním předběžného opatření (byť *nalézací* řízení před soudem vedeno nebude).

Pravomoc civilních soudů (§ 7 OSŘ) je třeba vymezit zejm. ve vztahu k pravomoci správních soudů, rozhodujících ve věcech správního soudnictví (§ 7 odst. 4 OSŘ, § 4 SŘS), *inter alia* o návrzích na předběžné opatření, kterými se zatímně upravují poměry účastníků pro hrozící vážnou újmu, je-li toho potřeba (§ 38 SŘS). Dělicí linie mezi ochranou *soukromých* a *veřejných* subjektivních práv může být dosti tenká.

120

Příklad:

Svémocné (nezákonné) zásahy a hrozby vyklizením provozovny a předzahrádky ze strany statutárního města mohou být vedeny z pozice „obyčejného“ pronajímatele (tedy je třeba postupovat dle OSŘ) anebo za přítomnosti, asistence a hrozeb použití strážníků městské policie tj. využívaje autoritativních oprávnění, kterých musejí všechny přítomné osoby uposlechnout (což implikuje postup podle SŘS).⁶⁵⁶

Užívání pozemku v rozporu s vůlí vlastníka žádajícího předběžné opatření může být řešeno předběžným opatřením podle SŘS tam, kdy by „narušiteli“ bylo nakládáno s pozemkem vlastníka uloženo či umožněno správním rozhodnutím *napadeným* žalobou dle SŘS. Existuje-li nenapadené („historické“) správní rozhodnutí, kterého se odpůrce dovolá jako podkladu pro svůj zásah, může v předběžném řízení dle OSŘ soud posoudit, zdali jde o činnost rozhodnutím povolenou a zda nevybočují z povoleného rámce.⁶⁵⁷

Předběžným opatřením zásadně nelze zasahovat do *rozhodovací pravomoci* správního orgánu⁶⁵⁸ nebo nezávislého soudu.⁶⁵⁹ Obecně k této problematice „ovlivňování“ *jiných*

⁶⁵² Oproti široce koncipované formulaci textu nařízení.

⁶⁵³ Rozhodnutí ESD ve věci *Van Uden Maritime BV*, C-391/95, odst. 48.

⁶⁵⁴ Rozhodnutí ESD ve věci *Reichert and Kockler*, C-261/90, odst. 34.

⁶⁵⁵ Rozhodnutí ESD ve věci *Van Uden Maritime BV*, C-391/95: Opatření nařizující prozatímní platbu *smluvního* plnění nelze považovat za předběžné opatření ve smyslu uvedeného článku, pokud zaprvé není *zajištěno vrácení* této platby žalovanému v případě, bude-li žalobce ve sporu ve věci samé neúspěšný, a zadruhé nevztahuje-li se navrhované opatření výlučně k tomu majetku žalovaného, který se nachází nebo má nacházet v *oblasti místní působnosti soudů*, u něhož je návrh podán.

⁶⁵⁶ V posléze uvedeném případě vydal KS v Českých Budějovicích předběžné opatření v rámci správního soudnictví (nepublikované usnesení ze dne 20. 8. 2012, č. j. 10 A 64/2012-40).

⁶⁵⁷ Čerpáno z usnesení KS v Praze ze dne 23. 1. 2014, č. j. 47 A 26/2013-210 (nepublikováno).

⁶⁵⁸ *Angst, P.* Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1727 (včetně správního

řízení předběžným opatřením srov. marg. č. 35 (meze předběžné ochrany).

Věcnou a místní příslušnost „k nařízení předběžného opatření“ má podle § 74 odst. 3 OSŘ soud, který je příslušný k řízení o věci, nestanoví-li zákon jinak.⁶⁶⁰ To znamená, že použití zásadně naleznou ustanovení § 9, § 84 až 89a, § 249 i 252 OSŘ. K výše zmíněným možným nejasnostem tohoto ustanovení přistupují některé další.^{661, 662}

121

1. Nejde jen o příslušnost k nařízení předběžného opatření, ale zásadně i k dalším případným procesním fázím předběžného řízení (např. ohledně zrušení či prodloužení doby trvání předběžného opatření, výplaty jistoty, vykonání předběžného opatření tam, kde toto není titulem podle § 251 a násl. OSŘ – viz marg. č. 80, srov. však zvláštní předběžná opatření podle ZŘS).
2. „Řízení o věci“ je třeba chápat ve smyslu *nalézacího* i *exekučního* řízení (zpravidla bude zlomovým bodem pravomocné ukončení nalézacího řízení⁶⁶³).
3. Nejde jen o soud, který je příslušný k řízení o věci, ale i o soud, který *by* teoreticky byl příslušný k řízení o věci (viz výše o mezinárodní příslušnosti, rozhodčím řízení atp.).⁶⁶⁴
4. Problematickou je otázka příslušného soudu „ve věci“, bylo-li podáno odvolání (srov. marg. č. 9). Levý dovozuje, „*ačkoli to zákon výslovně neuvádí*“, že po předložení věci odvolacímu soudu k rozhodnutí o odvolání proti rozhodnutí ve věci samé je příslušný k rozhodnutí o návrhu na nařízení předběžného opatření odvolací soud.⁶⁶⁵ Soudím opačně, tj. příslušným k nařízení předběžného opatření zůstává soud prvního stupně. To v souladu

122

uvážení).

⁶⁵⁹ Srov. např. Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 387, s. 16. Otázka nařízení zápisu (odnětí zástupčího práva, odvolání likvidátora atp.) ve vztahu k soudu vedoucím obchodní rejstřík byla NS ČSR zodpovězena kladně (rozhodnutí NS ČSR z 16. 7. 1932, sp. zn. R I 579/32, Vážný 11830), novější rakouská judikatura tuto možnost odmítá (OLG Wien sp. zn. 28 R 211/05p; NZ 2006, V15).

⁶⁶⁰ Jinak stanoví např. § 400 a 453 ZŘS (ve věcech domácího násilí, stalkingu a úpravy poměrů nezletilých dětí) anebo § 39 odst. 2 SSZ (ve věcech průmyslového vlastnictví a ochrany práv k odrůdám je příslušný věcně a místně jako soud prvního stupně MS v Praze).

⁶⁶¹ Srov. § 378 EO.

⁶⁶² Které však lze nejednou „vyjasnit“ pohledem do historie a uvážením, že právní úprava v OSŘ je důsledkem snahy o redukci počtu ustanovení (zjednodušení), aniž by tím mělo dojít k materiální diskontinuitě.

⁶⁶³ „*Věcně příslušným soudem k nařízení předběžného opatření podaného v průběhu dovolacího řízení je soud rozhodující ve věci v prvním stupni*“ (tak Svoboda, K. Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013, s. 23, s odkazem na odůvodnění usnesení NS ze dne 11. 10. 2007, sp. zn. 28 Nd 290/2007). Dle mého názoru tato „právní věta“ platí pro případy dovolání podaného neúspěšným žalobcem (tj. pro nepříznavý nárok). Pokud byl nárok žalobci přiznán, pak po právní moci příslušného rozhodnutí pro případně předběžné řízení bude pro příslušnost určující *příslušnost* potencionálního soudu řízení ve „věci exekuční“, nikoli uzavřené „věci nalézací“ (byť bylo žalovaným podáno dovolání).

⁶⁶⁴ Nepřesně Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 471 („*nemůže existovat jeden soud příslušný k bezodkladnému rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření a druhý k rozhodnutí o navazující žalobě*“).

⁶⁶⁵ Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 353. Jde podle mého názoru o „reprodukcí“ německého řešení, srov. marg. č. 9.

s historickým a komparativním výkladem, řešícím otázku na podkladě *funkční příslušnosti*,^{666, 667} jakož i např. argumentem samostatnosti předběžného řízení (viz marg. č. 20), a zachování možnosti opravného prostředku (odvolání).

5. Konečně nelze mít za to, že by soud příslušný „k řízení o věci“ žalobce (tj. o jím uplatněném nároku ve věci samé) byl *automaticky* příslušný pro jakékoli návrhy na vydání předběžného opatření podávané žalovaným (pokud je vůbec přípustíme⁶⁶⁸). Je třeba odlišit, či nárok je zajišťován (žalovaný nemůže navrhopvat zajištění nároku žalobce).
6. Již v okamžiku podání návrhu na připuštění *změny žaloby* je soud, u něhož je řízení vedeno, příslušný k řízení o věci, a tedy příslušný k vydání předběžného opatření zajišťujícího „měněný nárok“. To, že dosud o připuštění změny nebylo rozhodnuto, není podstatné.⁶⁶⁹

123

Soud, který v prvním stupni (jako soud věcně a místně příslušný) rozhodoval o předběžném opatření, je vždy také věcně a místně příslušný k rozhodnutí o žalobě na náhradu škody nebo jiné újmy způsobené předběžným opatřením (srov. § 77a odst. 3 OSŘ).⁶⁷⁰

V případě, že je návrh na nařízení předběžného opatření podán u věcně nebo místně nepřislušného soudu, soud postupuje *zásadně* shodně jako v řízení ve věci samé podle § 104a OSŘ v případě věcné nepřislušnosti, a podle § 105 OSŘ v případě místní nepřislušnosti. Mám za to, že je třeba ctit zásadu pouhého *osvědčení* i ve vztahu k těmto procesním podmínkám a dále v některých případech upřednostnit *naléhavost* situace před zdoluhavým „hledáním“ místně příslušného soudu.⁶⁷¹ Usnesení týkající se příslušnosti by odpůrci měla být – v souladu se zásadou překvapení a v souladu

124

⁶⁶⁶ Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1783; Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 387, s. 21; rozhodnutí OGH sp. zn. 7 Ob 287/00 g (odmítaje příslušnost jen proto, že se u odvolacího soudu nachází spis, když jde o stejnou věc, „rozštěpenou“ jen z důvodu funkční příslušnosti).

⁶⁶⁷ K vymezení funkční příslušnosti srov. Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 5. vydání. Praha : Linde, 2008, s. 122 (dělení působnosti mezi soudy různých článků soudní soustavy při projednání *jedné a téže věci*).

⁶⁶⁸ Přípustnost *návrhů žalovaného na vydání předběžného opatření* ve sporném řízení nevylučují (být to bude výjimečné a musejí být splněny veškeré ostatní předpoklady) v případech tzv. *iudicia duplex*, jakož i určovacích a konstitutivních žalob (např. na zrušení smlouvy) (srov. např. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 183; Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 378 s. 24). Nesporně bude žalovaný k návrhu na vydání předběžného opatření oprávněn v případě *vzájemné žaloby*. Za *nesprávný* považují závěr, že „vydání předběžného opatření může žádat kterýkoli účastník řízení, je-li během řízení třeba prozatímně upravit poměry účastníků nebo existuje-li obava, že výkon rozhodnutí, které má být v řízení vydáno, by mohl být ohrožen“ (Svoboda, K. Kdo odpovídá za škodu z nezákonného předběžného opatření. Právní rozhledy, 2008, č. 13, s. 485, s. 485 a násl.); citovaný autor zejm. nedoceňuje předpoklad zajišťovaného nároku.

⁶⁶⁹ Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1784.

⁶⁷⁰ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 421.

⁶⁷¹ Nedostatek místní příslušnosti zákon analogicky dovozuje zhojit v § 105 odst. 1 OSŘ.

s § 76g OSŘ – *doručována až s usnesením o vydání předběžného opatření*.⁶⁷²

Z hlediska *obsazení soudu* rozhoduje v první instanci o vydání předběžného opatření předseda senátu (před zahájením řízení ve věci samé), resp. po zahájení řízení ve věci samé ve věcech příslušejících senátu nařídí předběžné opatření senát; předseda senátu tak může učinit, jen je-li tu nebezpečí z prodlení (§ 102 OSŘ).

125

4. Návrh na nařízení předběžného opatření (§ 75 a 75a OSŘ)

Předběžné opatření soud ve *sporném* řízení vydává na návrh ohrožené strany. Uplatní se tedy dispoziční zásada. Výjimky ve prospěch postupu z moci úřední vyplývají pro některá civilní řízení ze zvláštních zákonů. Např. dle ZŘS lze-li zahájit nesporné řízení i bez návrhu (s výjimkou řízení o pozůstalosti), lze nařídít bez návrhu i předběžné opatření (§ 12 ZŘS), dle InsZ může insolvenční soud nařídít předběžné opatření v insolvenčním řízení i bez návrhu, nestanoví-li zákon jinak (§ 82 InsZ). I v těchto řízeních však budou předběžná opatření pravidelně vydávána k návrhu účastníka.

126

Návrhem na vydání předběžného opatření je soud vázán (§ 153 OSŘ), aniž by byl oprávněn přisoudit více či něco jiného⁶⁷³ (výše uvedené oprávnění soudu vydat předběžné opatření *ex offio* tím není dotčeno). Na druhou stranu lze formulaci výroku rozhodnutí provést použitím jiných slov vyjadřujících z obsahového hlediska stejná práva a povinnosti, kterých se navrhovatel domáhal. Pouze soud rozhoduje, jak bude formulován výrok jeho rozhodnutí (§ 155 OSŘ); případným návrhem žalobce na znění výroku rozhodnutí přitom není vázán. Srov. též marg. č. 34 (rozhodnutí ve smyslu návrhu).

Obsahově jsou na návrh na vydání předběžného opatření kladeny širší požadavky, než je tomu u žaloby (§ 79, § 42 odst. 4 OSŘ). Vycházejí z provedených teoretických výkladů je třeba nad rámec obecných náležitostí především vymezit (vyličit) *zajišťovaný nárok* (u zatímních opatření vyplývající z vyličených poměrů účastníků),⁶⁷⁴ *zajišťovací důvod*⁶⁷⁵ a navrhované *opatření* (tj. zajišťovací způsob, prostřednictvím

127

⁶⁷² Shodně Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 472; opačně Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 226. V praxi soudy s tím, že „podmínky řízení mají přednost“, nejednou usnesení týkající se příslušnosti doručují již dříve, než je podle mého shora uvedeného názoru správné.

⁶⁷³ Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 234 (s poukazem na odpovědnost k náhradě škody či jiné újmy), odlišně Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 428 (pro řízení, v němž z právního předpisu vyplývá určitý způsob vypořádání vztahu mezi účastníky).

⁶⁷⁴ Vymezení musí být dosti určité i s ohledem na povinnost soudu při nařízení předběžného opatření uložit navrhovateli, aby ve lhůtě, kterou mu určí, podal u soudu návrh na zahájení řízení (nebyl-li tento již podán).

⁶⁷⁵ V případech některých „zvláštních“ předběžných opatření může být zákonem předpokládán (srov. § 920

kterého má dojít k zajištění nebo úpravě poměru účastníků), příp. další skutečnosti, které odůvodňují předběžné opatření. Patrné by z návrhu měly být rovněž skutečnosti rozhodné pro *příslušnost* soudu, jakož i eventualy zprošťující povinnosti složit jistotu (§ 75b OSŘ). Fakultativně lze uvést navrhovanou dobu trvání předběžného opatření (§ 76 odst. 3 OSŘ). Zákon navrhovateli ukládá povinnost poskytnout podrobné údaje týkající se *identifikace* (nezaměnitelnosti) *účastníků*;⁶⁷⁶ je-li tento účel splněn, není důvodu postupovat příliš formalisticky.

Je-li návrh podáván v souvislosti se současně či dříve podanou žalobou, bude zásadně přípustné *odkazovat* na žalobou uplatněný zajišťovaný nárok a připojené důkazy, jsou-li soudu k dispozici.

Navrhovatel je povinen připojit k návrhu *listiny*, jichž se dovolává (§ 75 odst. 3 OSŘ). *Jiné prostředky osvědčení*, např. ohledáním na místě samém,⁶⁷⁷ lze, resp. je třeba označit (nabídnout). Ve světle uvedeného a obecných výkladů nejsou přesné formulace, že „při rozhodování o návrhu na nařízení předběžného opatření soud neprovádí dokazování“.⁶⁷⁸ Předběžné řízení charakterizuje *zjednodušení* ve vztahu k pravidlům, která upravují dokazování (§ 120 a násl. OSŘ), přičemž osvědčování je *zvláštním druhem dokazování*, vyznačujícím se zejm. volnější formou provádění důkazů a nižším stupněm soudcovského přesvědčení (k dokazování, resp. osvědčení skutečností viz výše a dále⁶⁷⁹). Zákon důkazní prostředky neredukuje na listiny. Zužující představa, že „soud o návrhu rozhoduje ‚od stolu‘ a vychází přitom z obsahu spisu“,⁶⁸⁰ neodpovídá podle mého názoru ani zákonné úpravě (včetně úlohy soudu v oblasti předběžné ochrany práv), ani požadavkům ESLP. Z judikatury ESLP lze dovodit, že nelze brát absolutně „zákaz“ vyslechnout účastníka (§ 75c odst. 3 OSŘ), např. matky žalující pravděpodobného otce dítěte.^{681, 682}

128

Návrh na předběžné opatření, který neobsahuje všechny náležitosti nebo který je nesrozumitelný anebo neurčitý, předseda senátu *odmítne*, jestliže pro tyto nedostatky nelze pokračovat v řízení; ustanovení § 43 OSŘ se nepoužije. Drápal uvádí, že soud návrh bez dalšího odmítne, jestliže je vadný (neúplný, nesrozumitelný nebo neurčitý) a jestliže jeho nedostatky brání v pokračování v řízení (tj. v možnosti o návrhu na

odst. 2 a 3 ObčZ).

⁶⁷⁶ Jméno, přijetí a bydliště účastníků (obchodní firmu nebo název a sídlo právnické osoby, označení státu a příslušné organizační složky státu, která za stát před soudem vystupuje), popřípadě též jejich zástupců; ve věcech týkajících se vztahů mezi podnikateli vyplývajících z podnikatelské činnosti musí návrh dále obsahovat identifikační číslo osoby (dále jen „identifikační číslo“) právnické osoby, identifikační číslo fyzické osoby, která je podnikatelem, popřípadě další údaje potřebné k identifikaci účastníků řízení.

⁶⁷⁷ Srov. např. § 73c odst. 1 OSŘ.

⁶⁷⁸ *Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 234.*

⁶⁷⁹ V obecné části dávám řadu příkladů, kdy zásady (pravidla) dokazování platné pro obvyklé nalézací řízení se bez zvláštností uplatní i v řízení o vydání předběžného opatření (srov. marg. č. 63).

⁶⁸⁰ Tak *Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 479.*

⁶⁸¹ Srov. *Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 254, dále viz § 920 ObčZ. Podle mého by „zákaz“ výsledku účastníků zejm. neměl jít tak daleko, aby jím vůbec byla účastníkům vzata možnost osvědčit rozhodné skutečnosti.*

⁶⁸² Dalším příkladem budíž zmíněné ohledání na místě samém.

nařízení předběžného opatření meritorně rozhodnout).⁶⁸³ Důvodová zpráva⁶⁸⁴ změnu úpravy vysvětlila tím, že stanovení *krátké lhůty* pro vydání usnesení soudu, kterým rozhodne o návrhu na předběžné opatření, vylučuje, aby byly odstraňovány případné vady návrhu, které brání pokračování v řízení, a tedy návrh bude odmítnut, aniž by soud mohl využít postup podle § 43 OSŘ (tj. *usnesením vyzvat účastníka*). Není podle mého názoru zcela vyloučeno – např. v případech vážného ohrožení života dítěte – *neformální* upozornění navrhovatele na vadu návrhu,⁶⁸⁵ které bude jak ku prospěchu poskytnutí rychlé ochrany, tak rozhodování v „krátkých“ lhůtách.

Některé nedostatky k odmítnutí návrhu nemají vést vůbec. Například absence identifikačního čísla v označení žalovaného je sice vadou, nicméně jestliže ostatními navrhovatelem uvedenými údaji je osoba žalovaného (odpůrce) dostatečně určitě označena, nemůže být taková vada důvodem pro odmítnutí návrhu, neboť nebrání pokračování v řízení.⁶⁸⁶ Obdobný postup lze použít i pro jiné náležitosti návrhu.

Usnesení soudu o odmítnutí návrhu se *doručuje* pouze navrhovateli (§ 76g OSŘ) a *odvolání* proti němu je přípustné. Z § 210a OSŘ vyplývá možnost *autoremedurního* rozhodnutí, čímž se do jisté míry „do hry“ vrací § 43 OSŘ, neboť jestliže soud uvede důvody odmítnutí návrhu odpovídající tomuto ustanovení a navrhovatel (odvolatel) je odstraní, měl by soud přistoupit k meritornímu rozhodnutí.⁶⁸⁷ Tomu nebrání ani § 75c odst. 4 OSŘ (srov. správný výklad ustanovení pod marg. č. 100 a dále i názor Drápal⁶⁸⁸). Druhou možností navrhovatele je podat nový (vad podle § 75a OSŘ prostý) návrh.

129

De lege ferenda je i § 75 a 75a OSŘ příkladem, proč není vhodné stanovovat pevnou lhůtu (7 dnů) k rozhodování o návrhu na obecné předběžné opatření, neboť pouhé časové požadavky vedou teorii i praxi k výkladu práva, který nedůvodně upozaduje nadřazené možnosti či požadavky v oblasti odstraňování vad návrhů (materiální vedení sporu⁶⁸⁹), důkazů (slyšení stran) a případného jednání či jiného soudního roku (ústnost řízení)

⁶⁸³ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 431.

⁶⁸⁴ K zákonu č. 30/2000 Sb.

⁶⁸⁵ Aniž by však soud plnil funkci „advokáta“ navrhovatele.

⁶⁸⁶ Srov. právní větu usnesení VS v Praze ze dne 25. 2. 2003, sp. zn. 7 Cmo 588/2001 (SR 6/2003 s. 185).

⁶⁸⁷ Prakticky stejně uvádí Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 481 (s poukazem na to, že oddalováním věcného rozhodování hrozí zmaření smyslu předběžného řízení).

⁶⁸⁸ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 432: „Vady návrhu na předběžné opatření lze odstranit i poté, co soud prvního stupně rozhodl usnesením o odmítnutí návrhu, nejpozději však do rozhodnutí odvolacího soudu o odvolání podaném navrhovatelem proti usnesení soudu prvního stupně o odmítnutí návrhu. Protože při rozhodování o odmítnutí návrhu se nerozhoduje o předběžném opatření (o jeho nařízení), nepoužije se při rozhodování podle § 75a OSŘ ustanovení § 75c odst. 4 OSŘ.“

⁶⁸⁹ Účelem předběžného řízení je poskytnutí ochrany „ohrožené strany“.

5. Jistota skládaná navrhovatelem (§ 75b a 76h OSŘ)

Obecnou charakteristiku jistoty skládané navrhovatelem v souvislosti s předběžným řízením (i podle OSŘ) jsem se zabýval v obecných partiích, na které lze odkázat (viz marg. č. 101). Bylo také upozorněno na problematičnost samotného *původu* právní úpravy jistoty v OSŘ, který se vymkl standardnímu (plnohodnotnému) legislativnímu postupu.⁶⁹⁰

130

V ČR se (spíše nežšťastně) zdůrazňuje funkce jistoty spočívající v odrazení od šikanózních návrhů, než aby byl vyzdvížen účel *kompenzace* procesního *znevýhodnění* odpůrce (které mu může přivodit škodu či jinou újmu) a *zajištění faktického* prosazení případného nároku na náhradu škody (újmy).

Současné zákonné zafixování jistoty na výši 10 000 Kč, resp. 50 000 Kč v „obchodních“ věcech,⁶⁹¹ *paradoxně* odpovídá částkám, které jsou v jiných procesních souvislostech⁶⁹² považovány za *bagatelní*. O koncepčnosti této úpravy – vytvářející „bagatelní krycí fond“ – lze proto *právně-politicky* důvodně pochybovat. V důsledku uvedeného a dále pak zásadní faktické počáteční jednostrannosti řízení o vydání předběžného opatření (tzv. *ex parte*) nabývá na významu právo podat návrh na *doplatek* jistoty, které přísluší každému, komu byla předběžným opatřením uložena povinnost (§ 76h OSŘ). Tím se do hry vrací *soudcovské uvážení* okolností případu, které stojí v základech srovnávaných zahraničních právních úprav. Soudcovské uvážení je však nutno uplatnit již od podání návrhu, pokud složená jistota *zjevně* nepostačuje k zajištění náhrady škody (újmy), tj. zásadně již na základě tvrzení navrhovatele vyzve soud před vydáním (event. nabytím účinků) předběžného opatření k složení doplatku jistoty.

131

Navrhovatel je povinen jistotu složit nejpozději *ve stejný den*, kdy podal u soudu návrh na nařízení předběžného opatření. V kontextu předběžných opatření považují za správný méně rigidní výklad uvedeného požadavku, který připouští, aby soud prvního stupně zohlednil složení jistoty *do doby* před vydáním (vynesením) svého rozhodnutí,⁶⁹³ a dále za dostatečné ve výjimečném případě *naléhavosti* situace považují již

⁶⁹⁰ Viz pozn. pod čarou č. 480.

⁶⁹¹ K zajištění náhrady škody nebo jiné újmy, která by vznikla předběžným opatřením, je navrhovatel povinen složit nejpozději ve stejný den, kdy podal u soudu návrh na nařízení předběžného opatření, jistotu ve výši 10 000 Kč a ve věcech týkajících se vztahů mezi podnikateli vyplývajících z podnikatelské činnosti ve výši 50 000 Kč.

⁶⁹² Srov. § 202 odst. 2 OSŘ (odvolání), resp. § 238 odst. 1 písm. c) OSŘ (dovolání).

⁶⁹³ V situaci, kdy jistota sice nebyla složena nejpozději ve stejný den, kdy navrhovatel podal u soudu návrh na nařízení předběžného opatření, ale byla složena před vydáním rozhodnutí soudu o tomto návrhu, by bylo výrazem krajního formalismu, aby soud důvodný návrh odmítal, když je mu známo, že jistota u soudu již složena je. Účel skládání jistoty je totiž splněn a ochrana, která je jejím prostřednictvím poskytována odpůrci, naplněna (bliže viz *Hrnčířik, V. Jistoty k zajištění náhrady škody a na náklady řízení, včetně problematiky jejich včasného, pozdějšího a pozdního složení. Právní rozhledy*, 2013, č. 21, s. 731). Uvedený závěr byl aprobehován i částí soudní praxe: Odvolací námitka, že navrhovatel ke dni podání návrhu nesložil jistotu, přičemž soud prvního stupně měl návrh „v souladu“ s § 75b odst. 2 OSŘ odmítnout, což se v daném případě nestalo, byla odmítnuta, neboť soud prvního stupně vydal napadené usnesení v době, kdy jistota již

kvalifikované doložení *poukázání* (složení) jistoty, byť v pokladně či na účtu soudu ještě být nemusí.⁶⁹⁴ Na případné „falešné“ doložení skládání jistoty lze reagovat okamžitým zrušením předběžného opatření podle § 77 odst. 2 OSŘ.

V případě, že návrh na nařízení předběžného opatření podalo *více navrhovatelů*, jsou povinni jistotu, shodně jako doplatek jistoty, zaplatit společně a nerozdílně bez ohledu na povahu jejich společenství.⁶⁹⁵

V některých případech *povinnost složit jistotu nevzniká* (§ 75b odst. 3 OSŘ,⁶⁹⁶ § 12 odst. 3 ZŘS⁶⁹⁷). Předně lze rozlišit případy OSŘ vymezené *věcně* s ohledem na zajišťovaný nárok či dílčí nárok vyplývající z poměrů účastníků, kdy dochází k zajištění či úpravě ve věcech výživného (např. rodičů, manželů, neprovdané matky atd.), věcech pracovních⁶⁹⁸ nebo náhrady újmy na zdraví (např. náhrada za vytrpěné bolesti, ztížení společenského uplatnění atp.). Dalším případem je poskytnutí *osobní „úlevy“* navrhovateli, který osvědčí podmínky pro osvobození své osoby od soudních poplatků, tj. odůvodňují-li to poměry účastníka a nejde-li o svévolné nebo zřejmě bezúspěšné uplatňování nebo bránění práva. Mám za to, že postačuje úvaha soudu o přiznání osvobození od soudních poplatků alespoň zčásti. Netřeba tedy osvědčit podmínky osvobození v plném rozsahu.⁶⁹⁹ Konečně lze hovořit o *incidentním* vyloučení povinnosti složit jistotu tam, kde se jinak povinnosti „nezproštěný“ navrhovatel (viz výše) dostal do situace nebezpečí z prodlení, v jehož důsledku by mohla navrhovateli vzniknout újma (tj. ze samého vyčkávání s návrhem z důvodu nutnosti složit jistotu by mu hrozila újma) a současně nemohl jistotu bez své viny složit (tj. s návrhem bezdů-

132

složena byla. Pokud by byl i za této situace po složení jistoty návrh na vydání předběžného opatření odmítl, byl by převážil striktně formalistický přístup nad věcným vyřízením návrhu (usnesení VS v Praze z 21. 9. 2011, č. j. 3 Cmo 246/2011-74, pochvalně reprodukován ve usnesení ÚS ze dne 7. 3. 2012, sp. zn. II. ÚS 3805/11). Opačně Levý, J. in *Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 237. K jasnému závěru nedospívá *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 485.

⁶⁹⁴ *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 485 (pojem jistota *složena* vykládá tak, že „za složení se považuje i jiný způsob než hotovostní platba v pokladně soudu, z něhož je zřejmé, že platba byla na účet soudu skutečně poukázána. Jestliže zákon na jedné straně umožňuje navrhovateli, aby se na soud obrátil s návrhem na předběžné opatření, které se po jeho vydání ihned, to znamená i mimo pracovní dobu soudu, vyhlásí, je třeba mu také umožnit, aby mohl složit jistotu v době, kdy je pokladna soudu mimo provoz“).

⁶⁹⁵ Levý, J. in *Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 234; *Drápal, L., Bureš, J. a kol.* Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 433.

⁶⁹⁶ Tj. a) jde-li o předběžné opatření ve věci výživného; b) jde-li o předběžné opatření ve věci pracovní; c) jde-li o předběžné opatření ve věci náhrady újmy na zdraví; d) osvědčí-li navrhovatel spolu s návrhem na nařízení předběžného opatření, že jsou u něj splněny podmínky pro osvobození od soudních poplatků (§ 138 OSŘ); e) je-li tu nebezpečí z prodlení, v jehož důsledku by mohla navrhovateli vzniknout újma, a navrhovatel spolu s návrhem na nařízení předběžného opatření osvědčí, že jistotu bez své viny nemohl složit.

⁶⁹⁷ Složení jistoty k zajištění náhrady škody nebo jiné újmy, která by vznikla předběžným opatřením, se nevyžaduje, jde-li o předběžné opatření, které může soud naříditi i bez návrhu, ve věci ochrany proti domácímu násilí nebo ve věci výživného.

⁶⁹⁸ Srov. § 36a odst. 1 písm. a) OSŘ.

⁶⁹⁹ Nelze nevidět ústavněprávní rozměr zaručení přístupu k soudu (rovnou efektivní ochranu práv), který nesmí být ohrožen nedostatkem prostředků navrhovatele.

vodně neotálel a současně omluvitelné okolnosti mu složit jistotu aktuálně brání). Platí plně pravidlo *osvědčení*, tj. postačí „převažující pravděpodobnost“ relevantních okolností. Soud nevydává zvláštní rozhodnutí (výrok) o tom, že povinnost složit jistotu nevznikla a v odůvodnění rozhodnutí otázku řeší jako *prejudiciální*.

Shledá-li soud podmínky pro zvýšení (*doplatek*) jistoty (ať již *ex offio* v režimu § 75b odst. 1 OSŘ, či následně k návrhu podle § 76h OSŘ), vyzve bezodkladně navrhovatele, aby do tří dnů složil doplatek jistoty ve výši, kterou stanoví s přihlédnutím k okolnostem případu. Levý dovozuje, že je-li navrhovatel z důvodu uvedeného v § 75b odst. 3 písm. e) OSŘ „osvobozen“ od placení jistoty, je zároveň vždy osvobozen i od placení případného doplatku, byť to dobře neodpovídá účelu zákona,⁷⁰⁰ Jirsa bez bližšího odůvodnění uvádí, že složení doplatku k návrhu podle § 76h OSŘ nic nebrání.⁷⁰¹ Mám za to, že pokud trvají důvody *incidentního* vyloučení povinnosti složit jistotu (což by soud měl k návrhu zjišťovat), nelze doplatek uložit, v opačném případě ano. To oproti uvedeným autorům dovozují i pro případ, že odpadly důvody osobního „osvobození“ [§ 75b odst. 3 písm. d) OSŘ, srov. též § 138 odst. 2 OSŘ].⁷⁰² Nic v době, kdy odpůrce podává návrh podle § 76h, nevylučuje ústnost projednání (*jednání či jiný rok*). Mám za to, že soud je ve sporném řízení *návrhem vázán*, tj. nemůže přiznat vyšší než návrhem požadovaný doplatek jistoty.⁷⁰³ Výzvu (usnesení) ukládající doplatek jistoty podle § 76h OSŘ *nelze považovat za usnesení upravující vedení řízení* [§ 170 odst. 2 a § 202 odst. 1 písm. a) OSŘ],^{704, 705} což má význam zejm. pro přípustnost odvolání.⁷⁰⁶

133

Nebude-li jistota (v intencích uvedených výše) složena, předseda senátu návrh na předběžné opatření *odmítne*. Proti usnesení soudu prvního stupně o odmítnutí návrhu podle § 75b odst. 2 OSŘ je odvolání přípustné. *Autoremedurně* může toto usnesení k odvolání změnit dle § 210a OSŘ přímo soud prvního stupně, a to podle mého názoru dle stavu k okamžiku autoremedurního rozhodnutí.⁷⁰⁷ I zde bude pro navrhovatele

134

⁷⁰⁰ Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 238.

⁷⁰¹ Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 487.

⁷⁰² V těchto případech odpadá zájem na ochraně navrhovatele ze zvláštních důvodů, naopak je plně aktivován záměr ochrany odpůrce (srov. důvodovou zprávu k zákonu č. 69/2011 Sb.). Argumentovat lze též systematicky (odlišení fáze „návrhové“ a „trvání“ předběžného opatření) a historicky (pozdější vůle zákonodárce na zvýšené ochraně osoby dotčené předběžným opatřením).

⁷⁰³ Opačně Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 529.

⁷⁰⁴ Shodně usnesení VS v Olomouci ze dne 13. 11. 2012, č. j. 4 Cmo 386/2012-197, opačně Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 529; Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 252.

⁷⁰⁵ Usnesením, kterým se upravuje vedení řízení, soud není vázán (nepostupuje již na jeho základě), jakmile je nahrazen (změněn nebo zrušen), přičemž k tomu stačí pouze vydat usnesení s odlišným obsahem. Lze mít za to, že jde o usnesení, která zůstávají bez vlivu na rozhodnutí ve věci samé a jako taková nemožno znamenat újmu práv účastníků řízení (srov. Hrnčířik, V. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 591).

⁷⁰⁶ Odvolání je přípustné.

⁷⁰⁷ Srov. pozn. pod čarou č. 688 (citace L. Drápala); opačně zřejmě Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 485; David, L. a kol. Občanský soudní řád.

praktické zvažít, zda spíše nepodat nový – složenou jistinou podpořený – návrh. Uvedené (tj. *odmítnutí* návrhu podle § 75b odst. 2 OSŘ) platí i v případě nesplnění výzvy k *doplatku* jistoty podle § 75b odst. 1 OSŘ před vydáním předběžného opatření.⁷⁰⁸ Až v případě, že navrhovatel výzvě ke složení doplatku jistoty nevyhověl *po nařízení* předběžného opatření (§ 76h OSŘ), se uplatní § 77 odst. 2 OSŘ s následkem, že soud předběžné opatření *zruší* (odvolání je přípustné).

Ohledně *vrácení jistoty* OSŘ rozlišuje dvě základní situace. *Nedošlo-li k nařízení předběžného opatření*,⁷⁰⁹ vychází zákon z toho, že škoda (újma) vzniknout nemohla a soud složenou jistotu vrátí.

V případě, že *soud nařídil předběžné opatření*, bude jistota podle § 75b odst. 4 OSŘ vrácena, jestliže marně uplynula lhůta k žalobě na náhradu škody nebo jiné újmy (§ 77a odst. 2 OSŘ⁷¹⁰) nebo jestliže žaloba podána byla a z pravomocného rozhodnutí o ní vyplývá, že jistota nebude použita k uspokojení práva na náhradu škody nebo jiné újmy. Není rozhodné, jestli předběžné opatření nabylo právní moci. Škoda vzniká pravidelně z vykonání (výkonu) předběžného opatření (srov. § 76d OSŘ).

Není důvod, aby soud jistotu „zadržoval“ tam, kde byla složena *bez zákonné opory* (např. omylem ve věci výživného, v nadměrné výši 50 000 Kč místo 10 000 Kč atp.).

Existují-li *jiné příčiny*, proč nárok na náhradu škody nebo jiné újmy nemůže vzniknout (resp. složená jistota nebude použita k zákonem předvídanému účelu), soud jistotu rovněž vrátí, zejm. uspěl-li navrhovatel s justifikační žalobou, anebo předběžné opatření bylo zrušeno proto, že právo navrhovatele bylo uspokojeno.⁷¹¹ Nebude neobvyklé, že dojde k zániku (zrušení) předběžného opatření proto, že ti, kterým byla předběžným opatřením uložena povinnost, uzavrou narovnání (smír) ve věci samé, v rámci kterého dojde k zřeknutí se práv na náhradu škody (příp. souhlasu „povinných“ s vrácením jistoty); ani pak není třeba vyčkávat uplynutí 6měsíční lhůty (není-li jiných potenciálních poškozených ve smyslu § 77a OSŘ).

Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 75b bod 4; Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 434.

⁷⁰⁸ To zřejmě nepřipouští Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 238, přičemž však podle mého názoru přehlíží jednotnost institutu jistoty (doplatek jistoty pouze modifikuje výši jistoty).

⁷⁰⁹ Návrh na nařízení předběžného opatření byl pravomocným usnesením soudu prvního stupně zamítnut, návrh byl pravomocně odmítnut nebo řízení o návrhu bylo pravomocně zastaveno.

⁷¹⁰ Jde o prekluzivní lhůtu šesti měsíců, jejímž uplynutím nárok na náhradu škody nebo jiné újmy zaniká.

⁷¹¹ Obdobně Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 239; Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 435; David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 76b bod 10; Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 488.

6. Nařízení předběžného opatření (§ 75c a § 76 odst. 3 OSŘ)

V případě, že soud návrh na nařízení předběžného opatření neodmítl podle § 75a odst. 1 OSŘ pro vady návrhu nebo podle § 75b odst. 2 OSŘ proto, že navrhovatel předběžného opatření nesložil jistotu (příp. její doplatek), nebo řízení nezastavil (např. v důsledku nedostatku podmínek řízení nebo při zpětvzetí návrhu), posuzuje, zda předběžné opatření nařídí nebo návrh zamítne.⁷¹²

6.1 Osvědčování a „dokazování“ v předběžném řízení

V souvislosti s jistotami byla zmíněna novela OSŘ,⁷¹³ která bez výslovně deklarovaných důvodů (důvodové zprávy) přinesla nově formulované ustanovení (§ 75c odst. 1 OSŘ⁷¹⁴) řešící otázku osvědčování, resp. dokazování v předběžném řízení. Soud podle platné úpravy nařídí předběžné opatření, jestliže bude *prokázáno*, že je třeba, aby byly zatímne upraveny poměry účastníků, nebo že je tu obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen, a jestliže budou alespoň *osvědčeny* skutečnosti, které jsou rozhodující pro uložení povinnosti předběžným opatřením. V obecné části byla vysvětlena podstata (tradiční chápání) osvědčování (srov. marg. č. 80 a násl.), která po celé 20. století, a tedy při existenci tří různých procesních kodexů na našem území nedoznala obsahového posunu (změny). Zůstává spornou otázkou, zda skutečně od 1. 4. 2005 došlo k materiální změně,⁷¹⁵ a pokud ano, pak rozhodně nepanuje shoda na tom, s jakými důsledky (viz dále).⁷¹⁶

Nepochybuji o tom, že *zajišťovaný nárok* má i nadále být osvědčen, neboť je skutečností „rozhodující pro uložení povinnosti předběžným opatřením“.⁷¹⁷ Další osvědčo-

135

⁷¹² David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 75c bod 1; Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 240; Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 436 a násl.

⁷¹³ Zákon č. 59/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

⁷¹⁴ Ustanovení se použije obdobně po zahájení řízení (§ 102 odst. 3 OSŘ).

⁷¹⁵ O osvědčení bez zprůsňení „standardu“ hovoří Waltr, R. Nová právní úprava odvolacího řízení v občanském soudním řádu. Právní zpravodaj, 2005, č. 2, s. 5 [„nelze požadovat, aby existence naléhavé zatímni potřeby, popřípadě obavy z ohrožení výkonu rozhodnutí byly prokázány (postaveny najisto), a není tedy důvod rozlišovat dvě skupiny předpokladů pro nařízení předběžného opatření podle míry jistoty či formálního postupu jejich dokládání“], jakož zřejmě i Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 489 (stačí osvědčit jedno z hlavních hledisek).

⁷¹⁶ Pro orientaci v problematice lze doporučit článek Tichý, L. Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu (skica o možné změně paradigmatu v ObčZ). Bulletin advokacie, 2013, č. 12, s. 28–32.

⁷¹⁷ Shodně Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 437 a zřejmě i Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 491 („musí prokazatelně vyplývat [být jisté], že navrhovatel bude ve věci samé pravděpodobně úspěšný“). O osvědčení tvrzené pohledávky nebo jiného nároku hovoří i Levý, avšak současně osvědčení ztotožňuje s „vysokou mírou pravděpodobnosti“ přiznání zajišťovaného nároku (Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013,

vanou rozhodnou skutečností bude např. poddlužnický vztah, resp. *další skutečnosti*, které nekonstituují zajišťovací důvod.⁷¹⁸ Problematickým tak zůstává výklad pojmu „prokázáno“, který se vztahuje právě k *zajišťovacímu důvodu*. Mám za to, že neznamená odchylku od té části institutu osvědčování, který dovoluje méně formalit (zejm. odchylku od zásady přimosti⁷¹⁹ a způsobu provádění důkazů) a také znamená omezení se na důkazy, které jsou okamžitě k dispozici („parátní důkazy“). S ohledem na tendenci novely poskytnout větší ochranu odpůrci⁷²⁰ mám za to, že důsledkem novely skutečně je zvýšení *míry důkazního standardu* ve vztahu k *zatímním* opatřením. U *zajišťovacích* opatření se z důvodu prokázání „obavy“, že „by“ výkon soudního rozhodnutí *byl* „ohrožen“ v podstatě prakticky nadále jedná o osvědčení (ve smyslu převažující pravděpodobnosti, že výkon soudního rozhodnutí je ohrožen). Zvýšení míry důkazního standardu (míry důkazu, resp. stupně soudcovského přesvědčení) u *zatímních* opatření⁷²¹ je z důvodu obvykle intenzivnějšího zásahu do právních poměrů účastníků legitimní, resp. na vůli zákonodárce. V některých právních řádech k požadavku přísnějšího standardu dospívá judikatura,⁷²² avšak ne paušálně, kdy např. v patentových věcech se ohrožení – zajišťovací důvod – dokonce předpokládá. Jestliže tedy bylo vůli zákonodárce *zvýšit míru osvědčení* (důkazu), a tedy „utuzit“ úroveň, resp. míru nutného přesvědčení soudce nad hranici „pouhé převažující pravděpodobnosti“, pak dovozují, že důkazní standard je „někde“ v rozmezí „více“ než *pouhá* převažující pravděpodobnost (tedy je rozhodně vyloučeno vydat předběžné opatření v „patové situaci“), avšak rozhodně stačí méně než „plný důkaz“,⁷²⁴ ten již z povahy předběžného řízení není *dobře* možný.⁷²⁵ Mám za to, že nelze jednoznačně stanovit procentní jednotnou úroveň soudcovského přesvědčení (např. na hranici 70 %, tedy v půlce krajních hranic mezi převažující pravděpodobností a pravděpodobností

s. 229), což však podle mého názoru přílišně stupňuje (zvýšuje) požadavek míry potřebné pro osvědčení zajišťovaného nároku.

⁷¹⁸ Srov. David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 75c bod 1 (potřeba této zatímní úpravy, stejně jako obava z ohrožení výkonu rozhodnutí, musí být prokázána, u ostatních předpokladů postačuje, aby byly osvědčeny).

⁷¹⁹ Přípustná jsou např. „místopřisežná“ či „čestná“ prohlášení svědků.

⁷²⁰ Viz např. zavedení jistot.

⁷²¹ Která naprosto pravidelně nevyužívají ryze zajišťovací způsoby zajištění.

⁷²² Srov. Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1790; Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 390, s. 18.

⁷²³ Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 138.

⁷²⁴ Tj. standard definovaný např. jako vysoká pravděpodobnost rozhodných skutečností blíží se hranici praktické jistoty (Hromada, M. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 460). Neztotožňuji se s názorem, že by plným důkazem (i ve srovnávaných právních řádech) byla chápána „stoprocentní míra důkazů“ [srov. Tichý, L. Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu (skica o možné změně paradigmatu v ObčZ). Bulletin advokacie, 2013, č. 12, s. 28, s. 28].

⁷²⁵ Drápal zřejmě požaduje, aby skutečnosti, které mají být „prokázány“, byly „postaveny najisto“ (s. 437) – takto chápaný důkazní standard („jistotu“) považují za příliš vysoký (resp. neobhájitelný pro *předběžné* řízení). Ze stejných důvodů se neztotožňuji s názorem Lavického, pokud uvádí, že „prokázány“ znamená, že o pravdivosti skutečností „musí být dosažena praktická jistota“ [Lavický, P. Odůvodňování usnesení v civilním řízení soudním. Právní fórum, 2009, č. 1, s. 6, bod V. b)].

hraničící s jistotou, předpokládanou na 90 %⁷²⁶ nedosažitelné absolutní – 100% – jistoty); takováto „fixace“ by byla nesmyslná. Požadavkem „prokázání“ je podle mého názoru vymezena určitá oblast na škále soudcovského přesvědčení o určitých okolnostech (skutečnostech). V rámci této oblasti (má-li být předběžné opatření vydáno) se musí pohybovat výsledná soudcovská úvaha, pro kterou bude rozhodující též *zvážení (odvážení) zájmů stran*⁷²⁷ (srov. marg. č. 112) a která v tomto rámci bude mluvit pro *potřebu* předběžné opatření vydat.⁷²⁸ Lze mít za to, že uvedené „prokázání“ zajišťovacího důvodu (nebezpečí, resp. i potřeby) bude přes zvýšený standard v řadě případů poměrně nenáročné, příp. ulehčené samotným zákonem (např. u dítěte ocitnutějšího se bez péče či bez plnění alimentární povinnosti, u výrobků označených shodně s obchodní známkou žalobce atp.). Tyto situace rychle povedou k přesvědčení soudu o potřebě úpravy poměrů. V jiných případech, např. z povahy částečné ireverzibility opatření, bude nutné v rámci naznačené oblasti přípustného stupně přesvědčení o prokázání potřeby úpravy dosáhnout přesvědčení soudu výrazně blíže horní hranici této oblasti (srov. marg. č. 108).

V obecné části bylo upozorněno na rakouský přístup, který soudu v předběžném řízení dovoluje se (byť výjimečně či částečně) *spokojit s plauzibilními tvrzeními* určitých skutečností. Tento přístup – zdá se – stále rezonuje i v české teorii, kdy se uvádí, že na rozdíl od dokazování není třeba osvědčit všechny rozhodné skutečnosti, nýbrž jen ty hlavní.⁷²⁹ Pokud to připustíme, pak je možno dodat, že i „vedlejší“ rozhodné skutečnosti by měly být plauzibilně tvrzeny a měl by k nim být nabídnut důkaz (byť nemusí být parátní), přičemž v souvislosti s ostatními osvědčenými (prokázanými) skutečnostmi by měla být zachována v celkovém pohledu potřebná míra soudcovského přesvědčení.

Nižší stupeň *úspěšného* osvědčení („prokázání“) v rámci hranic přípustné míry osvědčení by měl být zohledněn při zkoumání okolností podmiňujících složení *doplatku jistoty*.

136

Povinnost osvědčit („prokázat“) rozhodná skutková tvrzení, která jsou předpokladem

137

⁷²⁶ Tichý uvádí, že *vysoká* pravděpodobnost odpovídá míře pravděpodobnosti alespoň 80% jistoty, pravděpodobnost blízká se jistotě alespoň 90% jistoty (Tichý, L. Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu (skica o možné změně paradigmatu v ObčZ). Bulletin advokacie, 2013, č. 12, s. 28, s. 32). Je to dost dobře možné – polemika v tomto směru není ambicí této práce, protože nikdy nebude dosaženo názorové shody na konkrétním procentu (není to možné). Pro své vysvětlení jsem výše použil 90 %.

⁷²⁷ Srov. Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 254 (míra osvědčení se řídí situací, zejm. naléhavostí řešení)

⁷²⁸ ÚS opětovně používá tuto formuli: Co do podmínky „prokázání“ pak platí, že jde o více než osvědčení, tedy že o důvodech potřeby prozatímní úpravy musí navrhovatel soud přesvědčit, na druhé straně však zde nemá místo dokazování v procesním smyslu, pro které z povahy věci není prostor (viz kupříkladu absence jednání). U ostatních „skutečností, které jsou rozhodující pro uložení povinnosti předběžným opatřením,“ postačí, budou-li osvědčeny, tj. aby se jevíly pravděpodobnými (k tomu srov. usnesení ÚS ve věci vedené pod sp. zn. IV. ÚS 637/05). Souhlasím s tím, že ohledně „prokázání“ platí, že jde o více než osvědčení, avšak dodávám, že navrhovatel musí soud *přesvědčit* i v případě prostého osvědčení; podstatu „prokázání“ tedy z rozhodnutí ÚS těžko dovodit.

⁷²⁹ Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 137. Obdobně Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 254 (nejzávažnější skutečnosti).

vydání předběžného opatření, tíží ve sporu navrhovatele.⁷³⁰ Rozložení „*břemena osvědčení*“ v zásadě odpovídá pravidlům rozložení břemena důkazního. Míra osvědčení těch kterých skutečností je pro obě strany stejná (např. žádá-li se osvědčení, pak to platí i pro odpůrce, po kterém nelze žádat „plný důkaz“).

Sama osvědčovací zásada rozhodně nevylučuje, aby k důkazu (osvědčení) byly nabídnuty *jiné důkazy* než listiny. Již dříve bylo zmíněno např. ohledání, dále se věnuji problematičtějšímu „výslechu“ svědka, resp. účastníka.

I v rámci pořádkové lhůty⁷³¹ je možné slyšet např. svědka, pokud jeho okamžitou účast navrhovatel nabídne a zajistí (parátní důkaz). To neznamená nutnost konat jednání s účastí obou stran, zejm. odpůrce (je-li nutné vést řízení *ex parte*).⁷³² Část teorie nevylučuje ani možnost „vyslechnutí“ navrhovatele,⁷³³ resp. účastníků,⁷³⁴ ani nařízení jednání,⁷³⁵ další formou může být např. jiný soudní rok či neformální komunikace. K požadavkům na *fair trial* pramenícím z EÚLP srov. marg. č. 69, zejm. pokud jde o konflikt s „českým pojetím“ absolutizujícím řízení *ex parte* a rozhodování „od stolu“. V souladu s uvedeným považuji za správné pojetí, které výše uvedené možnosti nevylučuje.⁷³⁶ Požadavkem zůstává, aby se jednalo o důkazy parátní.

6.2 Zrychlení řízení

O návrhu na předběžné opatření rozhodne soud *bezodkladně* („primární lhůta“). Není-li tu *nebezpečí z prodlení*, může soud o návrhu na předběžné opatření rozhodnout až do uplynutí 7 dnů poté, co byl podán (§ 76c odst. 2 OSŘ).⁷³⁷ Na rozdíl od nepochybně správného požadavku na bezodkladné rozhodnutí nelze bez rozpaků hodnotit sedmidenní lhůtu, která je co do limitu na *vydání* rozhodnutí mnohdy chápána velmi abso-

138

⁷³⁰ Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1790.

⁷³¹ Ke lhůtě viz dále.

⁷³² Takové slyšení svědka není v rozporu ani s případným rigidním výkladem § 75c odst. 3 OSŘ, kde se hovoří o *slyšení* účastníků.

⁷³³ Srov. rakouský přístup: „Vtažení“ odpůrce do osvědčovacího řízení není nutné, pokud by tím byl jinak zmařen účel předběžného řízení (König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 193).

⁷³⁴ Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 137 a násl. (při zachování lhůty v § 75c odst. 2 OSŘ); Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 255 (třeba zvážit, zda výsledkem odpůrce by nebyl účel předběžného opatření změřen).

⁷³⁵ Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 494.

⁷³⁶ Částečně jiného mínění je Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 241 (rozhoduje se jen na základě návrhu a listin), resp. Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 438 (vylučuje-li absolutně jakoukoli možnost slyšení účastníků či jejich vyjádření). Za potenciálně zavádějící považuji rozšířené formulace, že se v předběžném řízení „neprovádí dokazování“. Provádí se osvědčování, které má s dokazováním mnoho společného (viz marg. č. 64). Neplatí tak např. závěr, že se hodnocení důkazů neprovádí „zvlášť a všech ve vzájemné souvislosti“ (jak uvádí Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 494).

⁷³⁷ Srov. též lhůty 24, resp. 48 hodin podle § 456 a 404 ZŘS.

lutně a jakýkoli jiný požadavek, který se s ní dostává do konfliktu, je upozaděn.⁷³⁸ Podle mého názoru je požadavek rychlosti předběžného řízení esenciální. To však lze říci i o jiných požadavcích kladených na soudní řízení, včetně předběžného řízení,⁷³⁹ takže je třeba případně kolidující principy vybalancovat. To tak, aby z obou zůstalo maximum, ale jeden nebyl „slepě“ pošlapán, zejm. pokud jde o pořádkovou lhůtu.

Příklad:

Skutečnosti tvrzené v návrhu na vydání předběžného opatření odůvodňují vydání předběžného opatření, ale jejich část objektivně nelze dostatečně osvědčit jinak než výsledkem navrhovatele (např. okolnosti osvědčující, že žalovaný je pravděpodobný otec dítěte).⁷⁴⁰ I z důvodu na straně soudu nelze výslech provést v rámci jiného roku v sedmidenní lhůtě. Obdobně v případě, kdy místní ohledání je třeba provést v den, kdy se opakuje závažné chování, přičemž tento den v době sedmidenní lhůty „soud nemohl“. Odepřít ochranu prakticky jen pro nezachování pořádkové lhůty není přiměřené.

K výzvě k doplacení jistoty ve výši 1 000 000 Kč navrhovatel obratem soudu sdělí, že doplatek jistoty zaplatí, ovšem s ohledem na omluvitelné důvody a s ohledem na výši doplatku se tak stane krátce po sedmidenní lhůtě. Opět se jeví nespravedlivé (disproporcionální a formalistické) návrh *ve lhůtě* odmítnout.

Na podporu uvedeného lze uvést, že ÚS ve své konstantní judikatuře již mnohokrát prokázal, že netoleruje orgánům veřejné moci a především obecným soudům formalistický postup, který používá sofistikované odůvodňování k prosazení zřejmě nespravedlnosti. Zdůraznil přitom mj., že obecný soud není absolutně vázán doslovným zněním zákona, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit, pokud to vyžaduje účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavněkonformním právním řádu jako významovém celku, a že povinnost soudů nalézat právo neznamená pouze vyhledávat přímé a výslovné pokyny v zákonném textu, ale též povinnost zjišťovat a formulovat, co je konkrétním právem, i tam, kde jde o interpretaci abstraktních norem a ústavních zásad.⁷⁴¹ Naznačený „materiální“ postup soudu bude obhajitelný⁷⁴² i z pohledu případně zvažované kárné odpovědnosti soudce za nedodržení formální lhůty. Smysl a účel předběžného řízení nebude takovým postupem hacen, ale naopak podporován (nepůjde o protismyslné a neúnosné průtahy).

Lze mít za to, že *lhůta bezodkladně* je imanentní každé fázi předběžného řízení, byť je tak výslovně zdůrazněno jen místy (např. pro odvolání v § 409 a 465 ZŘS).

Organizačně soudy vycházejí zásadě rychlosti vstříc opatřeními zaručujícími dosaži-

⁷³⁸ Nejednou lze i v komentářové literatuře zaznamenat závěry, které se opírají prakticky jen o „absolutní vázanost“ sedmidenní lhůtou. Smyslem lhůty, kterou v Německu ani Rakousku takto upravenou nenalezíme, je předejít *nedůvodně ltnavosti* soudu.

⁷³⁹ Srov. též obecné partie týkající se zásad předběžných řízení.

⁷⁴⁰ Podle mého by „zákaz“ výsledku účastníků neměl jít tak daleko, aby jím *vůbec* byla účastníkům vzata možnost osvědčit rozhodné skutečnosti.

⁷⁴¹ Srov. např. náleží ÚS ze 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96 (63/1997 Sb.).

⁷⁴² Soud by důvody svého postupu měl zmínit v odůvodnění svého rozhodnutí.

telnost předsedy senátu (samosoudce) pro rozhodování o návrzích na nařízení předběžných opatření mimo stanovenou pracovní dobu soudu, ve dnech pracovního volna, dále přebíráním návrhů justiční stráží v době uzavření budovy soudu, stanovením zástupu pro nepřítomného soudce atp.⁷⁴³

Část české praxe i teorie vychází ze zavádějící formulky, podle které před zahájením řízení ve věci samé „nařízení předběžného opatření pro obavu, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen, zásadně vyžaduje existenci rozhodnutí, které by mohlo být podkladem pro výkon rozhodnutí“.⁷⁴⁴ Pravděpodobným původem této teze je nešťastná odlišnost ve formulaci § 74 („obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen“) a § 102 („obava, že by výkon rozhodnutí v řízení posléze vydaného mohl být ohrožen“) OSŘ. Ve skutečnosti však jde stále o totéž, a to osvědčit, resp. „prokázat“ zajišťovaný nárok a zajišťovací důvod. Existence rozhodnutí, které by mohlo být podkladem pro výkon rozhodnutí, výrazně napomáhá osvědčení, příp. jím soud může být dokonce vázán co do vyřešení předběžné otázky existence zajišťovaného nároku. Nejde však o zvláštní požadavek, bez kterého by vydání předběžného opatření (pro obavu, že by byl ohrožen výkon rozhodnutí, kdy dosud neprobíhá řízení, v němž by mohlo být vydáno) mělo být výjimkou z pravidla či dokonce by znamenalo „výjimečné opatření odůvodněné mimořádnými okolnostmi případu“.⁷⁴⁵

139

6.3 Rozhodující stav

Pro předběžné opatření je *rozhodující stav* v době vyhlášení (vydání) usnesení soudu prvního stupně (§ 75c odst. 4 OSŘ). Této problematice jsem se věnoval v obecné části, na kterou lze odkázat (marg. č. 100) s tím, že je nutno ji posuzovat též v souvislosti s problematikou právní moci usnesení o návrhu na vydání předběžného opatření (marg. č. 75 a 100). Ze závěrů uvedených v obecné části plyne:

140

- Neplatí absolutní zákaz, „že účastníci nemohou v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení uvádět žádné nové skutečnosti nebo důkazy“.⁷⁴⁶ Je třeba rozlišit „stav spisu“ a stav skutkový. Podle mého názoru nelze uvádět tzv. *nova producta*, avšak lze uvádět *nova reperta*, což je podstatné zejm. pro odpůrce, má-li mít jeho odvolání reálný smysl.

⁷⁴³ Blíže viz Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 491 a násl.

⁷⁴⁴ Citovaná právní věta pochází z usnesení KS v Českých Budějovicích ze dne 17. 2. 1995, sp. zn. 7 Co 46/95 (SR 3/1995 s. 59).

⁷⁴⁵ Tak podle mého názoru nesprávně uvádí Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 437, resp. obdobně David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 75c bod 2 („ve zcela mimořádných případech“). Proti takové „doktríně“ Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 490. Srov. též Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 229 a násl.

⁷⁴⁶ Jak uvádí Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 438, či obdobně David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 75c bod 11.

- Neplatí teze o „absolutní“ možnosti „poučit se, z jakého důvodu soud prvního stupně návrh zamítl, tyto důvody eliminovat a podat nový návrh“, ⁷⁴⁷ neboť by to naprosto popíralo institut právní moci.

6.4 Odůvodnění rozhodnutí

Nejen zamítavé, ale i vyhovující usnesení o návrhu na předběžné opatření je třeba *odůvodnit*.⁷⁴⁸ Zamítavé vždy a vyhovující naprosto pravidelně (k tomu srov. výše jak obecně, tak co do mého názoru pod marg. č. 65). Tento závěr však není ve vztahu k vyhovujícím usnesením nesporný a nadále je předmětem nejednotné soudní praxe. To mj. zejm. v otázce, zda z pohledu odvolacího soudu „automaticky“ rušit neodůvodněná předběžná opatření. Problém vyvěrá z § 169 odst. 2 OSŘ, podle kterého vyhotovení každého usnesení, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření, nemusí obsahovat odůvodnění,⁷⁴⁹ a jeho střetu s ústavněprávními ideami spravedlivého procesu. ÚS došel na rozdíl od NS (stanovisko NS sp. zn. Cpjn 19/2006⁷⁵⁰) k názoru, že v absenci odůvodnění usnesení o nařízení předběžného opatření spatřuje protiústavnost napadených rozhodnutí. ÚS již v usnesení sp. zn. IV. ÚS 1554/08 naznačil, že pokud by neexistovala interpretace, že i v usnesení o vydání předběžného opatření je třeba uvést alespoň stručné odůvodnění, ve kterém musejí být alespoň v základních rysech vloženy důvody, jež soud k rozhodnutí vedly (tedy například v situaci, kdy by bylo usnesení, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření, v ustanovení § 169 odst. 2 OSŘ výslovně uvedeno), bylo by nutné podat návrh

141

⁷⁴⁷ Tak uvádí Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 495. Levý upozorňuje na praxi, která *nova reperta* „výjimečně“ připouští, aniž by však bylo řečeno, kdy se výjimka uplatní (Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 240, s odkazem na usnesení ÚS ze dne 24. 7. 2012, sp. zn. II. ÚS 2485/11).

⁷⁴⁸ Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 240; Svoboda, K., Šínová, R., Hamuláková, K. a kol. Civilní proces. Obecná část a sporné řízení. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 129 (vždy s odkazem na náleze ÚS ze dne 3. 9. 2009, sp. zn. III. ÚS 346/09). Obecně k problematice srov. Lavický, P. Odůvodňování usnesení v civilním řízení soudním. Právní fórum, 2009, č. 1, s. 12.

⁷⁴⁹ Do 22. 1. 2009 znělo ustanovení tak, že „*písemné vyhotovení usnesení, kterým se zcela vyhovuje návrhu, jemuž nikdo neodporoval, nebo usnesení, které se týká vedení řízení, anebo usnesení podle § 104a nemusí obsahovat odůvodnění*“. Bylo sporné, zda usnesení, kterým bylo vydáno předběžné opatření, bylo možné prořadit pod „vyhovění návrhu, jemuž nikdo neodporoval“.

⁷⁵⁰ NS ve stanovisku ze dne 13. 6. 2007, sp. zn. Cpjn 19/2006, dospěl k tomuto závěru: „*Písemné vyhotovení usnesení, kterým soud prvního stupně vyhověl návrhu na nařízení předběžného opatření v plném rozsahu a nařídil navrhovatelem požadované předběžné opatření bez slyšení ostatních účastníků řízení nebo sice po jejich slyšení, přičemž žádný z nich nevysslovil před rozhodnutím soudu s navrženým předběžným opatřením nesusouhlas, nemusí obsahovat odůvodnění*“ (stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia NS k rozhodování soudů ve věcech předběžných opatření). Interpretace ustanovení § 169 odst. 2 OSŘ, k níž dospěl ve svém stanovisku NS, označil ÚS za *protiústavní* (náleze ÚS ze dne 15. 1. 2009, sp. zn. IV. ÚS 1554/08, SR 3/2009 s. 81, bod 24). *Nadále* se na stanovisko odvolává např. Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 1076 (akcentuje skutečnost, že právní úprava obsažená v § 169 odst. 2 OSŘ nebyla ÚS derogována).

na zrušení předmětného ustanovení.⁷⁵¹ Změna ustanovení § 169 odst. 2 OSŘ provedená tzv. souhrnnou novelou OSŘ sice na rozdíl od předchozí úpravy výslovně uvádí, že vyhotovení každého usnesení, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření, nemusí obsahovat odůvodnění, avšak (i dle výslovného znění daného ustanovení) se i nadále jedná o příklad usnesení o návrhu, jemuž nikdo neodporoval. Nejen proto je třeba nadále respektovat následující závěr ÚS: „*Ustanovení § 169 odst. 2 OSŘ je nutno vyložit v souladu s jeho smyslem a účelem. Smyslem zmíněného ustanovení je zbavit soud povinnosti odůvodnit rozhodnutí, které zřejmě nebude napadeno odvoláním, neboť s ním všichni účastníci souhlasí. Tento smysl však v případě usnesení, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření, chybí. Postrádá racionalitu zbavit soud povinnosti odůvodnit rozhodnutí tam, kde se k návrhu, na jehož základě bylo rozhodnutí vydáno, účastník vůbec nemohl vyjádřit. Jinak řečeno, spojení usnesení, kterým se zcela vyhovuje návrhu, jemuž nikdo neodporoval je třeba vykládat tak, že jde o usnesení, kterým se zcela vyhovuje návrhu, jemuž nikdo neodporoval, ačkoliv mu reálně – chtěl-li by – odporovat mohl.*“

Z recentních rozhodnutí ÚS je – v jisté kontradikci k uvedenému – patrná určitá „tolerance“ vůči postupu obecných soudů, nepochybně pramenící z ústavněprávního posuzování férovosti procesu posuzována jako celku. Tak v případě, že rozhodnutí o vydání předběžného opatření nebylo odůvodněno a důvody k vydání předběžného opatření jsou *jasně seznatelné* z odůvodnění návrhu na jeho vydání, s nímž se stěžovatel *mohl seznámit*, přičemž námitky stěžovatele jsou *vypořádány* v odůvodnění rozhodnutí odvolacího soudu, nelze o soudním řízení o vydání předběžného opatření *jako celku* konstatovat, že je v rozporu s právem na spravedlivý proces.⁷⁵² K problematice srov. marg. č. 65.

6.5 Uložení povinnosti podat návrh na zahájení řízení ve věci samé

Předseda senátu při nařízení předběžného opatření uloží navrhovateli, aby ve lhůtě, kterou mu určí, podal u soudu návrh na zahájení řízení (§ 76 odst. 3 OSŘ). Jedná se o povinnost soudu⁷⁵³ stanovit lhůtu k zahájení „hlavního řízení“ podáním „justifikační žaloby“, jejímž předmětem bude zajišťovaný nárok (příp. dílčí nárok plynoucí

142

⁷⁵¹ Nález ÚS ze dne 15. 1. 2009, sp. zn. IV. ÚS 1554/08 (SR 3/2009 s. 81), bod 23.

⁷⁵² Srov. usnesení ÚS ze dne 21. 4. 2015, sp. zn. I. ÚS 1037/15, a ze dne 13. 10. 2015, sp. zn. IV. ÚS 3573/14.
⁷⁵³ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 445; Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 502; Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 244; Winterová, A. in Škárková, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 140. Odlišně David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 76 bod 8 (má jít o možnost uložit navrhovateli podat návrh).

z poměrů účastníků). Zpravidla půjde o žalobu⁷⁵⁴ (ve sporném řízení) nebo o jiný návrh na zahájení řízení ve věci samé (tj. též v nesporném, rozhodčím nebo vykonávacím řízení,⁷⁵⁵ včetně exekučního návrhu⁷⁵⁶). To zpravidla u tuzemského, ale případně i cizozemského soudu⁷⁵⁷ (srov. výše k soudní pravomoci). Soud lhůtu na podání návrhu na zahájení řízení neurčí, může-li být řízení ve věci zahájeno i bez návrhu (§ 12 odst. 2 ZŘS); zde by měl v přiměřené lhůtě řízení soud i bez návrhu zahájit sám.⁷⁵⁸

Požadavek podání „justifikačního“ návrhu na zahájení řízení splňuje i *určovací* žaloba⁷⁵⁹ či žaloba na nahrazení projevu vůle.

Uložení povinnosti podat návrh na zahájení řízení se děje v předběžném opatření, avšak nelze vyloučit ani v podobě následného usnesení (např. v důsledku opomenutí soudy). Předpokladem však nadále je, že hlavní řízení dosud nebylo zahájeno.

Soudem určená lhůta je svou povahou lhůtou *procesní*⁷⁶⁰ (její uplynutí neznamená zánik zajišťovaného nároku) a *soudcovskou* (§ 55 OSŘ). Lze ji tedy prodloužit, avšak jen do uplynutí určené lhůty.⁷⁶¹ Je zásadně věcí navrhovatele, aby uvedl podstatné skutečnosti nezbytné pro soudcovskou úvahu co do *přiměřené* délky lhůty, např. splatnost nároku, odkládací podmínku, složitost skutkového děje, nutnost podat žalobu v zahraničí atp. Konkrétní délku lhůty však navrhopvat nemusí; v případě absence by se nejednalo o vadu návrhu. Lhůta musí být stanovena *určitě*, obvykle v dnech, týdnech či měsících (např. od vydání, doručení či – diskutabilně – právní moci předběžného opatření), anebo udáním termínu, dokdy je třeba návrh podat. *Za obvyklou* lze mít lhůtu dva týdny až měsíc od doručení předběžného opatření.

Soud může navrhovateli ve zvlášť určené lhůtě uložit též povinnost, aby podání návrhu na zahájení řízení *doložil* (tj. osvědčil), neboť to může být potřebné např. pro

⁷⁵⁴ Může jít i o vzájemnou žalobu v již zahájeném řízení nebo např. návrh na vydání směnečného platebního rozkazu.

⁷⁵⁵ Srov. např. § 391 EO.

⁷⁵⁶ Předběžné opatření lze výjimečně žádat i po vykonatelnosti rozhodnutí ve věci samé.

⁷⁵⁷ Aniž by však soud v předběžném opatření musel příslušný soud označovat.

⁷⁵⁸ Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 140.

⁷⁵⁹ Opačně uváděl Rubeš in Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 258; dle mého názoru přehlížeje, že i určovací výrok lze mocensky prosadit, byť jinak než exekučně. Shodně jako zde např. Schuschke, W., Walker, W.-D. Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011, s. 1740 (určovací žaloba splňuje smysl přezkoumání zajišťovaného nároku).

⁷⁶⁰ Výslovně je třeba upozornit na *odlišný názor* NS (usnesení ze dne 21. 1. 2005, sp. zn. 20 Cdo 2647/2003: hmotněprávní lhůta), což má dopady na zachování lhůty pro podání žaloby. NS uvádí, že „*lhůta podle ustanovení § 76 odst. 3 věty první OSŘ je lhůtou, k jejímuž zachování je nutné, aby žaloba byla nejpozději v poslední den lhůty doručena soudu; v opačném případě předběžné opatření zanikne*“, z tohoto názoru vychází Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 503 a 530.

⁷⁶¹ Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 245; Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 445.

vedení řízení.⁷⁶²

Následkem nepodání návrhu na zahájení řízení ve lhůtě soudem určené je *zánik* předběžného opatření *ex lege* (§ 77 odst. 1 OSŘ). K neúčinnosti předběžného opatření jako exekučního titulu přihlédne soud již ve fázi o nařízení, jakož i zastavení výkonu rozhodnutí.⁷⁶³ Současně jde o hlavní z případů možné aktivace *odpovědnosti* k náhradě škody a jiné újmy způsobené předběžným opatřením (§ 77a OSŘ).

Je otázkou, jestli již probíhající hlavní řízení, resp. možnost zahájit řízení *ex offio*, jsou jedinými důvody, proč netřeba ukládat povinnost podat návrh na zahájení řízení. Důvodem neuložení povinnosti podat návrh na zahájení řízení není samo o sobě to, že trvání předběžného opatření je časově omezeno na určenou dobu.⁷⁶⁴ Lze však teoreticky uvažovat o případech, pokud by ze zákona bylo vyloučeno podání žaloby ve věci samé (srov. marg. č. 97). V této souvislosti se v ČR diskutoval § 95 odst. 2 ZOR (dnes srov. § 920 odst. 2 ObčZ), tj. zvláštní předběžné opatření vydávané na návrh těhotné ženy k *zajištění* výživného a nákladů spojených s těhotenstvím a porodem, na které podle NS nedopadají § 74 a násl. OSŘ v plném rozsahu.⁷⁶⁵ Úvahy o „definitivním“ přiznání nároku předběžným opatřením a příp. i absolutním vyloučení dalšího řízení⁷⁶⁶ neodpovídaly zajišťovací funkci předběžného opatření. Proto sám NS později dospěl k relativizaci názoru s tím, že nelze vyloučit další řízení o nárocích (podle ustanovení § 95 odst. 1 ZOR, dnes srov. § 920 odst. 2 ObčZ), a předem poskytnuté se v řízení o výživném zohlední, příp. bude přicházet v úvahu postup vrácení za jiného plnění výživovací povinnosti. NS uvedl že, ve vztahu k § 76 odst. 3 OSŘ se *zpravidla* nepředpokládá další řízení o nárocích podle prvního odstavce uvedených ustanovení.⁷⁶⁷ Lze dodat, že ani případné neuložení povinnosti podat návrh na zahájení řízení navrhovateli nemůže bránit odpůrci, aby vzal „*právo žalovat*“ do svých rukou (např. negativní určovací žalobou). Lze mít za to, že soud by dodatečně měl povinnost podat žalobu uložit, pokud odpůrce podá v tomto směru návrh.

Obecně k problematice justifikace zajišťovacích opatření srov. pojednání o historickém vývoji (marg. č. 2), o podání žaloby ve věci a jejím vynucení (marg. č. 97) a o mezitímnosti (dočasnosti) předběžného opatření (marg. č. 21), jakož

143

⁷⁶² O *nutnosti* stanovení této lhůty hovořil Rubeš in *Rubeš, J.* Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 258; podle mého názoru navazoval na rakouskou úpravu, kde povinnost v tomto směru souvisela (souvisí) s tím, že předběžné opatření zrušuje soud (*ex actu*).

⁷⁶³ Usnesení NS ze dne 23. 6. 2009, sp. zn. 20 Cdo 5478/2007.

⁷⁶⁴ Opačně *zřejmě* uvádí Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 502 („*výjimku tvoří předběžné opatření vydané pouze na určitou dobu*“) a 503. Jirsa má *zřejmě* za to, že soud buď omezí trvání předběžného opatření, nebo uloží podat návrh na zahájení řízení. Podle mého názoru se nejedná o jen dvě alternativy „odklizení“ předběžného opatření (účel je jiný, resp. širší: jednou „modifikace trvání předběžného opatření na dobu kratší či delší než vyplývá ze zákona“, jednou „justifikace“). „Odklizení“ v případě podání návrhu na zahájení řízení je zajištěno § 77 písm. b) a c) OSŘ.

⁷⁶⁵ Tak stanovisko NS ze dne 18. 12. 1986, sp. zn. Cpj 306/84 (Rc 21/1987).

⁷⁶⁶ Srov. rozsudek NS ze dne 22. 1. 1966, sp. zn. 4 Cz 164/65 Rc 27/1966 („*Nárok, který byl přiznán na základě § 95 odst. 2 ZOR, byl přiznán definitivně a může být realizován a nepředpokládá se již další řízení o nároku podle § 95 odst. 1 ZOR.*“) a Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 258.

⁷⁶⁷ Stanovisko NS ze dne 18. 12. 1986, sp. zn. Cpj 306/84 (Rc 21/1987).

i o „vyřešení“ sporu předběžným opatřením (marg. č. 106).

6.6 Nařízení předběžného opatření jen na určenou dobu

Soud může stanovit, že předběžné opatření bude trvat jen *po určenou dobu*. Není to však povinnost soudu, neboť „*podpůrně*“ je zánik předběžného opatření upraven v § 77 odst. 1 písm. a) až c) OSŘ.^{768, 769} Uplatní se tak soudcovské *uvážení*, podložené konkrétními okolnostmi případu. Návrh na vydání předběžného opatření nemusí určení doby jeho trvání obsahovat, avšak navrhně-li navrhovatel omezení trvání předběžného opatření, je takovouto limitací soud ve sporu *vázán* (platí dispoziční zásada). Určenou dobu lze *prodloužit*, avšak jen do uplynutí lhůty trvání. To znamená, že i doručení účastníkům by mělo – tak jako při prodlužování lhůty k podání návrhu na zahájení řízení – nastat ještě v původní lhůtě.⁷⁷⁰ Odvolání je přípustné. *Osvědčení* důvodů takové potřeby je ve sporu na navrhovateli. K vztahu k odpovědnosti za *škodu* (újmu) srov. marg. č. 95. S ohledem na zánik předběžného opatření ze zákona bude v případě potřeby praktické žádat *potvrzení* o zániku předběžného opatření k určitému datu (§ 27 JŘSoud).⁷⁷¹

144

Odlížit je třeba *pariční lhůtu* („k plnění“), kterou soud stanoví ke složení věci do úschovy soudu nebo k provedení určitých úkonů (jednání, výkonů), např. předání klíčů, odstranění zátarasy atp.

7. Prostředky (způsoby) zajištění, resp. úpravy předběžným opatřením (§ 76 odst. 1 OSŘ)

Řada otázek, které se vztahují ke způsobům zajištění (prostředkům) ochrany předběžným opatřením, resp. jejich limitům, již byla pojednána v obecné části. Zejm. šlo o otázky:

145

- mezi předběžné ochrany (marg. č. 33 a násl.), zahrnující požadavky na *provizornost* úpravy vztahů, *obsahovou* přípustnost předběžného opatření, *zásadu ne ultra petiti*um, dále meze dané „exekucním právem“ (včetně požadavku na možné vykonání, resp. výkon), zákazem ovlivňování průběhu *jiných řízení* či *miru* přípustnosti opatření vedoucího k (částečnému) „*uspokojení*“ *navrhovatele*,
- způsobů (opatření) ochrany předběžnými opatřeními obecně (marg. č. 29) a

⁷⁶⁸ Proto nelze bez výhrady hovořit o předběžném opatření „na neurčito“.

⁷⁶⁹ V Německu jsou skutečnosti typu právní moc či vykonatelnost rozhodnutí ve věci samé, resp. zamítnutí návrhu ve věci samé zpravidla považovány za „změnu poměrů, resp. okolností“, která opravňuje ke zrušení arestu, resp. předběžného opatření (§ 927 dZPO).

⁷⁷⁰ Srov. Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 445; Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 245.

⁷⁷¹ Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 503.

- požadavku omezení se na zajišťovací a co nejméně omezující způsoby (opatření) předběžné ochrany (marg. č. 36 a násl.).

Vycházejí z výše uvedených kautel („vytknutých“ před závorkou) je pak třeba číst § 76 OSŘ, podle kterého může být předběžným opatřením účastníku zejména (*demonstrativně*) uloženo, aby

- a) platil výživné v nezbytné míře,
- b) poskytl alespoň část pracovní odměny, jde-li o trvání pracovního poměru a navrhovatel ze závažných důvodů nepracuje,
- c) složil peněžitou částku nebo věc do úschovy u soudu,
- d) nenakládal s určitými věcmi nebo právy,
- e) něco vykonal, něčeho se zdržel nebo něco snášel.

Některé způsoby ochrany (zajišťovací prostředky) předběžnými opatřeními, které OSŘ výslovně nevyjmenovává, uvádím v marg. č. 30 (např. „soudní obstávka“, ⁷⁷² sekvestrace – správa, ⁷⁷³ např. správa lázní, ⁷⁷⁴ zmocnění k zadržení věci ⁷⁷⁵). Lze k nim přiřadit i odevzdání dítěte do péče druhého z rodičů nebo do péče toho, koho označí soud [tedy způsob uvedený do 31. 12. 2013 v § 76 odst. 1 písm. b) OSŘ]. Vyloučeno není ani opatření směřující k omezení osobní svobody účastníka (viz obecná část marg. č. 31).

V české praxi se lze setkat s názorem, podle kterého by zajištění či úprava vztahu mohla být dostatečná již přímo ze zákona. Např. Rubeš zmiňoval nedůvodnost návrhu nezczizit určitou věc, která je předmětem vypořádávaného společného jmění manželů, protože zákaz takového úkonu plyne přímo ze zákona. ⁷⁷⁶ Úvahu o dostatečném „*opatření*“ *přímo ze zákona* mám za lichou. V předběžném řízení jde o zajištění subjektivního práva (např. vlastnického, včetně užívání a požívání), které je – a to dokonce obvykle přes zákonný zákaz – porušováno či jehož výkon (vykonání) je ohrožen

⁷⁷² Srov. § 379 odst. 3 bod 3 EO (soudní obstávka, přísluší-li odpůrci ohrožené strany proti jiné osobě peněžitá pohledávka nebo nárok na dodání nebo vydání jiných věcí. Tato záповěď se vykoná tím, že se odpůrci ohrožené strany zapoví jakkoliv nakládati s nárokem a zejména jej vybrati a že oné osobě se dá rozkaz, aby neplatila to, co odpůrci ohrožené strany jest dlužna, dokud by jinak soudem nebylo nařizeno, a aby nevydávala věci jemu příslušejících, ani čeho jiného jimi nepodnikala, co by mohlo zmařit nebo značně ztížit vedení exekuce na peněžitou pohledávku nebo na věci, které je dlužna nebo má vydati).

⁷⁷³ Srov. např. § 382 bod 2 (správa movitých věcí nebo nemovitých věcí nebo práv, ke kterým se vztahuje nárok tvrzený ohroženou stranou nebo jí již přičtený), § 383 EO (movité věci, které mají býti uschovány nebo spravovány, buďte výkonným orgánem odňaty odpůrci ohrožené strany a odevzdány schovateli nebo správci).

⁷⁷⁴ Srov. NS ČSR ze dne 18. 5. 1920, sp. zn. R I 296/20 (Vážný 521): Navrhovatelův nárok na to, by lázeňský podnik byl po uplynutí výpovědní lhůty vrácen ve stavu nezhoršeném (§ 1109 o. z. o.), a zameziti tomu, by odpůrce svým chováním v mezičasi dobré pověsti a zdu podniku dále nezhoršil, bylo by právě úkolem navrženého prozatímního opatření (tj. ustanovení správce lázní). Již cis. nařízení ze dne 16. 11. 1858 čís. 213 ř. z. o řízení v rozepřích ze smlouvy nájemní připouštělo výslovně, by za řízení nařizena byla sekvestrace najatého předmětu, bylo-li ho používáno protismluvně nebo takovým způsobem, jímž předmět zřejmě vydán byl zhoršení nebo znehodnocení neb ohrožen byl škodou nenapravitelnou (§ 14).

⁷⁷⁵ Srov. např. § 382 bod 3 EO (zmocnění ohrožené strany, aby směla zadržeti odpůrcovy věci, které u sebe má a kterým se vztahuje od ní tvrzený nebo jí již přičtený nárok, až do právoplatného rozhodnutí o tomto nároku).

⁷⁷⁶ Handl, V., Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha : Panorama, 1985, s. 338.

(např. faktickým či právním jednáním vzdalujícím věci bez požadovaného souhlasu možností vypořádání, užívání či výkonu rozhodnutí). Konkrétním nebezpečím nelze čelit toliko odkazem na objektivní právní úpravu.

7.1 Placení výživného a poskytnutí (části) pracovní odměny

Pod § 76 odst. 1 písm. a) a b) OSŘ se skrývají svou povahou „zvláštní“ předběžná opatření, neboť zákonodárce ve vztahu k § 74 odst. 1, resp. § 102 odst. 1 OSŘ (vždy první alternativa) konkretizuje určité právní poměry (z nich vyplývající nároky), zajišťovací důvod a volí i logický prostředek (způsob) zajištění. Tím je provizorní *platba*, kterou však co do výše [v písmenu a)] limituje.⁷⁷⁷ Jde o zatímní opatření *s efektem plnění (par excellence)*. Na druhou stranu však stále v intencích skutkové podstaty § 74 odst. 1 OSŘ, resp. § 102 odst. 1 OSŘ (vždy první alternativa).⁷⁷⁸ Nic však nebrání žádat pro zajištění výživného nebo pracovní odměny předběžné opatření *zajišťovací* v užším smyslu (tj. podle druhé alternativy § 74 odst. 1, resp. § 102 odst. 1 OSŘ). Zde pak neplatí omezení zajištění na výživné v „nezbytné míře“.⁷⁷⁹ Předběžné opatření podle písmen a) a b) vytváří *exekuční titul* podle § 251 a násl. OSŘ, resp. EŘ. Rovněž v těchto případech mj. nevzniká povinnost složit *jistotu*.⁷⁸⁰ Předběžné opatření se vydává pro osvědčené *porušení* osvědčené povinnosti platit výživné či pracovní odměnu (resp. neplacení v odpovídající výši). Úprava však *směřuje do budoucna*, tedy nelze platební povinnost uložit za dobu minulou,⁷⁸¹ rozhodnou hranicí je podle mého názoru den podání návrhu.⁷⁸² Vážít je třeba potřebnost úpravy, kterou by mohl omezovat (vylučovat) dostatečný vlastní příjem navrhovatele.⁷⁸³ To zákonodárce výslovně předpokládá tam, kde navrhovatel pracuje, avšak zohlednit to bude třeba i pro případy výživného. Jak zajišťovaný nárok, tak zajišťovací důvod musejí být tedy *osvědčeny*, byť např. u výživného pro nezletilé děti se tak zpravidla stane *prima facie*.⁷⁸⁴ Z vůle

146

⁷⁷⁷ Podle Jirsy zákon limituje i výši pracovní odměny (podle mého názoru o „příspěvku“ v tomto smyslu však zákon nehovoří, a tedy není zcela vyloučeno ani přiznání celé odměny; záleží na zajišťovacím důvodu) – viz Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 499; obdobně Winterová, A. in Škárková, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 139 („pouze nezbytná existenční míra“, což se však podle mého názoru může rovnat i celé odměně); opačně Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 444 (lze uložit zaplacení celé mzdy, resp. odměny, resp. náhrady mzdy); Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 242.

⁷⁷⁸ Srov. výše k typologii předběžných opatření (marg. č. 14 a násl.).

⁷⁷⁹ Zajišťovací prostředky tu však samozřejmě odpovídají zajišťovacímu (nikoli zatímnímu) opatření.

⁷⁸⁰ § 75b odst. 3 OSŘ, § 12 odst. 3 ZŘS.

⁷⁸¹ Např. Winterová, A. in Škárková, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 139; rozhodnutí KS v Praze ze dne 25. 6. 1964, sp. zn. 5 Co 209/64 (Rc 53/1964).

⁷⁸² Handl, V., Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha : Panorama, 1985, s. 336.

⁷⁸³ Srov. např. § 912 ObčZ (nezletilé dítě, které není plně svéprávné, má právo na výživné, i když má vlastní majetek, ale zisk z majetku spolu s příjmem z výdělečné činnosti nestačí k jeho výživě) či § 911 ObčZ (výživné lze přiznat, jestliže oprávněný není schopen sám se živit).

⁷⁸⁴ Winterová, A. in Škárková, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 139.

zákonodárce je výživné omezeno na „*nezbytnou míru*“, což lze chápat jako konkretizaci principu, že předběžné opatření vždy představuje „minus“ v porovnání s věcí samou (tj. výživným v plném rozsahu dle ObčZ⁷⁸⁵). Zvláště upozornit je třeba na § 923 odst. 2 ObčZ, podle kterého dojde-li ke zrušení nebo snížení výživného za minulou dobu pro *nezletilé* dítě, které nenabýlo plné svéprávnosti, *spotřebované výživné* se nevrací.⁷⁸⁶ To však nemůže platit pro všechny situace, zejm. selže-li kompletně justifikace v hlavním řízení.⁷⁸⁷ V oblasti pracovní lze upozornit na stanovisko pléna NS,⁷⁸⁸ podle kterého částky, které byly pracovníkovi (zaměstnanci) vyplaceny na základě předběžného opatření, jež bylo později zrušeno z jiného důvodu než proto, že návrhu ve věci samé bylo vyhověno, nebo proto, že právo navrhovatele bylo uspokojeno, je příjemce povinen vždy *vrátit*; šlo totiž jen o prozatímní úpravu a příjemce si musel být vědom toho, že je popřípadě bude muset vrátit.

Bez výhrad je zobecňováno, že předběžným opatřením nelze *snížit přiznané výživné*.⁷⁸⁹ Podle mého názoru však je třeba od jiných případů odlišit okolnosti, ze kterých vzešlo správné rozhodnutí v tom smyslu, že „*povinný, u něhož došlo od poslední soudní úpravy výživného k takové změně poměrů, že by placení výživného v naposledy stanovené výši do rozhodnutí o změně výživného pro něj mělo zvláště nepříznivé následky, se může domáhat pouze odkladu výkonu rozhodnutí podle § 266 odst. 1 OSŘ*“.⁷⁹⁰ Co však v případě, že pro výživné exekuce vedena není? O možné konkurenci opatření předběžné ochrany v širokém smyslu jsem pojednal v obecné části (marg. č. 49 a 77). Rakouský OGH v podobné situaci deklaruje subsidiaritu předběžných opatření⁷⁹¹ a příp. připouští *formu* předběžného opatření, zakazujícího využití exekučního titulu k vymození částky překračující snížené výživné.⁷⁹² To s vědomím, že předběžná opatření nejsou vydávána za účelem odstranění účinků pravomocných rozhodnutí. Jistá „*forma*“ *sui generis* by měla být ve výjimečných případech nalezena i v ČR, zřejmě v analogii s klauzulí *rebus sic stantibus*⁷⁹³ a výše uvedeným „*exeku-*

147

⁷⁸⁵ Zejm. následující ustanovení ObčZ: § 697 (výživné mezi manžely), § 760 a násl. (výživné rozvedeného manžela), § 853 (výživné osvojence a osvojitele), § 915 a násl. (výživné mezi rodiči a dětmi a předky a potomky), § 2966 (výživné pozůstalých). Taktéž výživné mezi partnery nebo bývalými partnery z registrovaného partnerství.

⁷⁸⁶ K problematičnosti rozsahu a dosahu úpravy srov. výše k předběžnému opatření vydávané na návrh těhotné ženy (srov. marg. č. 143). K dlouhodobě se vyvíjejícím a stále neuspokojivým závěrům ohledně obdobného problému v Rakousku srov. např. Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 382, s. 61 a násl.

⁷⁸⁷ Srov. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 91 a násl. Rakouská judikatura není jednotná. Obvykle za rozhodné považuje kritérium dobré víry při spotřebování výživného. Sporné je také, zda vycházet ze zvláštní skutkové podstaty náhrady škody v rámci předběžného řízení anebo ze zásad bezdůvodného obohacení.

⁷⁸⁸ Zpráva NS ze dne 28. 3. 1975, sp. zn. CpJ 34/74 (Rc 26/1975).

⁷⁸⁹ Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 499; Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 242. Srov. též usnesení ÚS ze dne 25. 3. 2015, sp. zn. IV. ÚS 3706/14.

⁷⁹⁰ Usnesení KS v Ostravě ze dne 4. 2. 2010, sp. zn. 14 Co 64/2010 (Rc 116/2011).

⁷⁹¹ Tj. není-li k dispozici bližší prostředek nápravy (*näherer Rechtsbehelf*), jako např. v rámci exekuce.

⁷⁹² ZBI 1932, 347 a 1 Ob 316/61.

⁷⁹³ Srov. § 163 OSŘ.

ním řešením“ tak, aby nevznikala „mezera“ v zákoně. Právněteoretické odůvodnění je *a priori* obtížné,⁷⁹⁴ neboť zajišťovaným nárokem musí být nárok navrhovatele. Tím by prakticky mohl být nárok na vrácení toho, co by mělo být aktuálně plněno.⁷⁹⁵

Pokud se klade se otázka, zda „neoprávněně“ (na podkladě předběžného opatření) vyplacené částky vypořádávat v režimu bezdůvodného obohacení dle ObčZ, či podle § 77a OSŘ, považují za správnou druhou alternativu. Škodou, resp. újmou podle uvedeného ustanovení se rozumí i bezdůvodné obohacení.

7.2 Složení do úschovy u soudu

Předběžným opatřením může být uložena povinnost složit peněžitou částku nebo věc do úschovy u soudu. Z logiky věci nemůže jít o nemovitou věc anebo pohledávku, ohledně kterých by v úvahu mohla přicházet správa, jakožto výslovně neupravený zajišťovací prostředek,⁷⁹⁶ pokud by nestačily zákazy zcizení, vyplácení, nakládání atp. Soud stanoví *lhůtu*, dokdy je povinnost třeba splnit. Předmět, na který se opatření vztahuje, musí být již v návrhu na vydání předběžného opatření *přesně označen* (specifikován). Současně se musí nacházet v *moci odpůrce*,⁷⁹⁷ příp. třetí osoby, která je ochotna předmět vydat⁷⁹⁸ (alternativou či kombinací může být zákaz zcizení, vyplácení, nakládání atp.). Složení do úschovy soudu bude sloužit jak jako zajišťovací prostředek (způsob) pro zajištění peněžitého či individuálního nepeněžitého nároku (zejm. na vydání věci), tak spíše výjimečně jako způsob úpravy vztahu mezi účastníky (např. z jednání obou účastníků by hrozilo zničení věci). Nesplní-li *odpůrce* povinnost složit věc do úschovy, nevede porušení této povinnosti k výkonu rozhodnutí (exekuci) na majetek povinného (odpůrce) pro peněžité plnění, nýbrž *exekuci* rozhodnutí ukládajícího povinnému splnění *jiné povinnosti* než zaplacení peněžité částky⁷⁹⁹ (§ 258 odst. 2, § 339 odst. 1 OSŘ). I složení do úschovy soudu je faktickým zajištěním, tedy není na překážku vedení exekuce třetím věřitelem na odpůrcem vlastněné věci (např. postižením nároku na vydání složené věci, ve vlastnictví odpůrce) ani důvodem vzniku zástavního či přednostního práva ke složeným předmětům.

Zajišťovacím předběžným opatřením v užším smyslu nelze předbíhat věci samé,

148

149

⁷⁹⁴ Jak patrné, ani řešení OGH se nezdá být právně „čisté“.

⁷⁹⁵ Lze poukázat i na rozhodnutí NS ze dne 24. 11. 2010, sp. zn. 20 Cdo 4354/2009, v němž byl bez jakékoli výhrady posuzován případ, kdy rozsudek (exekuční titul) byl po vydání usnesení o nařízení exekuce změněn předběžným opatřením, podle něž bylo výživné sníženo.

⁷⁹⁶ Srov. § 379 a 382 u nás za první republiky platného exekučního řádu (resp. dnešní EO).

⁷⁹⁷ Je-li zajišťována peněžitá pohledávka, je třeba osvědčit, že je odpůrce vlastníkem věci, resp. peněžité částky, která má být složena (srov. následující pozn. pod čarou), příp. že vlastníkem je navrhovatel.

⁷⁹⁸ Uvedený požadavek „přebíráám“ z rakouského úpravy, která v tomto ohledu nevykazuje odlišnost, viz např. *König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis*. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 46 a 60; *Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A. Exekutionsordnung. Kommentar*. Wien : LexisNexis ARD ORAC, 2009, § 379, s. 28; *Konecny, A. Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung*. Wien : Manz, 1992, s. 334. Na třetího zjevně nelze vést exekuci pro splnění povinnosti složit do soudní úschovy.

⁷⁹⁹ Srov. usnesení NS ze dne 9. 9. 2010, sp. zn. 20 Cdo 4297/2008.

natož pak, je-li zajišťovaným nárokem *peněžitý nárok*, předbíhat exekuci ve smyslu jejího nařízení do movitého majetku „bez určení“, ⁸⁰⁰ resp. do majetku odpůrce jako *celku*. Prostřednictvím uložení povinnosti složit do soudní úschovy nelze „vytvořit paralelní pohledávku“ za odpůrcem, která by měla být uspokojována z jakéhokoli majetku odpůrce, když toto je možné až pro pravomocnou a předběžně vykonatelnou pohledávku dle rozhodnutí ve věci samé. Nelze tak pro peněžitou pohledávku odpůrci „prostě“ uložit, složit ekvivalentní finanční prostředky do úschovy soudu (která by znamenala faktickou exekuci proto, že odpůrce bude zpeněžovat, resp. transformovat svůj majetek, aby mohl složit peněžní plnění). ⁸⁰¹ Ztenčování majetku však bude lze předejít zákazy jednání odpůrce. Jinou věcí je, že vynucení povinnosti složení do úschovy soudu bude v ČR leckdy iluzorní (srov. marg. č. 81). Na druhou stranu mám za to, že právní jednání učiněná odpůrcem v rozporu s nařízenou povinností složit do soudní úschovy budou neplatná ve smyslu § 76f odst. 1 OSŘ.

Vyskytuje se názor, že možnost uložit složení věci (peněz) do úschovy soudu je podmíněna, resp. ji lze uložit jen tomu, komu zákon ukládá takovou povinnost v souvislosti s trestním nebo jiným soudním řízením (např. v § 100 InsZ). ⁸⁰² Takovéto *omezení* nemá opodstatnění. Naopak lze říci, že pokud § 352 OSŘ hovoří o tom, že soud přijímá do úschovy peníze a jiné movité věci v souvislosti se soudním řízením, pak takovým řízením je třeba rozumět i řízení o návrhu na vydání předběžného opatření (tedy též předběžné opatření v něm vydané).

Soud v rámci jiné činnosti soudu přijímá do úschovy

- a. peníze složením nebo převodem na běžný účet soudu u banky,
- b. vkladní knížky, cenné papíry, cennosti a jiné movité věci tak, že je uloží nejprve do kovové skříně soudu, pokud to velikost věcí dovolí,
- c. ostatní movité věci, jež se nehodí pro úschovu v kovové skříně, tím, že je uloží u vhodného schovatele (srov. § 113a a násl. JŘSoud).

7.3 Nenakládání s určitými věcmi nebo právy

Zakáže-li soud účastníku předběžným opatřením nařízeným podle § 76 odst. 1 písm. d) OSŘ, aby *nakládal* s určitou věcí, znamená to, že ji nesmí převést kupní, darovací nebo jinou smlouvou na jiného a že má zakázáno zatížit ji zástavním právem, právem odpovídajícím věcnému břemeni, předkupním právem s účinky věcného

⁸⁰⁰ Srov. § 323 odst. 2 OSŘ.

⁸⁰¹ S odlišným odůvodněním zřejmě stejnou myšlenku obsahuje usnesení KS v Hradci Králové z 19. 11. 2012, sp. zn. 26 Co 586/2012 („*předběžným opatřením nelze naříditi účastníku řízení, aby povinnost k peněžitému plnění, která mu byla uložena dosud nevykonatelným rozhodnutím, fakticky splnil tak, že finanční prostředky složí do úschovy soudu*“).

⁸⁰² Tak Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 444.

práva, nájemním právem a jinými právy, která představují právní závady na věci.⁸⁰³

⁸⁰⁴ Obdobně uvedené platí pro zákaz nakládat s právem. Zákaz není s to zabránit zřízení uvedených práv ze zákona nebo rozhodnutím orgánu veřejné moci (např. zástavního práva podle § 1342 ObčZ). Zákaz „právního nakládání“ je třeba odlišit od „fyzického nakládání“ s věcí, např. zdržení se stavební či jiné úpravy (které spadá pod následující zajišťovací způsob). Požadovaný způsob zajištění musí být z návrhu na vydání předběžného opatření dostatečně patrný.⁸⁰⁵ Tento zajišťovací způsob se uplatní jak pro zajištění peněžitých a nepeněžitých nároků tam, kde je ohroženo jejich exekuční vymáhání (výkon), tak v případech zatímních opatření.

Právní jednání odporující zakazu bude stiženo absolutní neplatností (§ 76f OSŘ, § 588 ObčZ). Již v obecné části jsem vyjádřil názor, že však není vyloučeno dobrověrné nabytí za splnění zákonných předpokladů (§ 1109 až 1113 ObčZ). Ohledně nemovitých věcí však tomu může zabránit § 76f odst. 2 OSŘ (viz marg. č. 46). Předběžné opatření ukládající povinnost dle písmene d) není exekučním titulem pro výkon rozhodnutí (k výkonu viz marg. č. 80).

K výkonu (vykonání) srov. marg. č. 83.

7.4 Příkaz něco vykonat, něčeho se zdržet nebo něco snášet

Předběžným opatřením může být též uložena povinnost něco vykonat, něčeho se zdržet nebo něco snášet (strpět). Soudní praxe vylučuje předběžným opatřením deklarovat určité právo účastníka.⁸⁰⁶

Jedná-li se o povinnost něco vykonat, stanoví soud *lhůtu*, dokdy je tak třeba učinit.⁸⁰⁷

Rozhodně se nelze ztotožnit s názorem Jirsy, že zejména u tohoto typu musí soud pamatovat, že nelze předjímat rozhodnutí ve věci samé⁸⁰⁸ (srov. marg. č. 27, 41 a násl.). U zatímních opatření, která jistě nelze omezovat jen na ta dle oddílu 7.7 (placení výživného a poskytnutí pracovní odměny), toto pravidlo neplatí.

Obecně k problematice srov. oddíl 25.5 výše.

152

⁸⁰³ Rozsudek NS ze dne 30. 8. 2012, sp. zn. 21 Cdo 1708/2011.

⁸⁰⁴ Předběžným opatřením, kterým soud zakáže určitou věc zcizit nebo zatížit, není účastník omezen v právu vypovědět (jako pronajímatel) smlouvu o nájmu této věci (rozsudek NS ze dne 30. 9. 2005, sp. zn. 29 Odo 908/2003, Re 35/2006).

⁸⁰⁵ Srov. tamtéž.

⁸⁰⁶ Usnesení KS v Hradci Králové ze dne 29. 12. 1994, sp. zn. 14 Co 847/94 (PR 9/1996 s. 423).

⁸⁰⁷ Nesprávně stanovení lhůty zevšeobecňuje Jirsa na všechny případy podle písmena e) – Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 501.

⁸⁰⁸ Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 501.

8. Vydání (vyhlášení) a doručení, vykonatelnost a závaznost, zvláštní účinky předběžného opatření (§ 76c, 76d, 76e, 76g a 76f OSŘ)

8.1 Vydání (vyhlášení) a doručení

Zásada urychlení řízení nachází svůj odraz v § 76c OSŘ (který je ve vztahu speciality zejména k § 168 OSŘ). Jednak se zde připomíná povinnost soudu rozhodnout bezodkladně (viz § 75c odst. 2 a marg. č. 138). Pokud je to nad rámec bezodkladnosti zvláště potřebné nebo naléhavé (vyžadují-li to okolnosti případu nebo je-li tu nebezpečí z prodlení⁸⁰⁹) předseda senátu usnesení o předběžném opatření účastníku, kterému ukládá povinnost⁸¹⁰ (třetím osobám⁸¹¹) *ihned vyhlásit*, a to i *na místě samém*.⁸¹² Navrhovateli (žalobci) není třeba usnesení vyhlásit, neboť vykonatelnost usnesení závisí toliko na jeho vyhlášení povinnému účastníku, popřípadě třetí osobě, které byla uložena součinnost při splnění povinnosti účastníka.⁸¹³ Pokud předseda senátu (samosoudce) přistoupí k vyhlášení usnesení o nařízení předběžného opatření, je nutno o tomto úkonu pořídit zvukový nebo zvukově obrazový záznam nebo protokol (srov. § 40 OSŘ).⁸¹⁴ Stejnopis usnesení, kterým bylo nařízeno předběžné opatření, soud odešle ve lhůtě 3 dnů ode dne jeho vyhlášení, resp. vydání. Častější než u žalob, resp. jiných písemností bude „urychlené“ doručování prostřednictvím soudních doručovatelů nebo justiční stráže (srov. § 48 OSŘ). Bylo-li uloženo, aby účastník nenakládal s určitou nemovitou věcí (evidovanou v katastru nemovitostí), je třeba ve stejné lhůtě stejnopis odeslat také příslušnému katastrálnímu úřadu. Pochybení v tomto směru by – za splnění dalších předpokladů – mohlo zakládat odpovědnost za škodu v důsledku nesprávného úředního postupu soudu podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem. *De lege ferenda* by obdobná povinnost měla být stanovena i ve vztahu k dalším rejstříkům,⁸¹⁵ důvodem je efektivita předběžného opatření i ochrana třetích osob.

Byť lhůta na odeslání předběžného opatření je „jednotná“ třídenní, je třeba dbát na to, aby „jednotným postupem“ nedošlo ke zmaření účelu předběžného opatření (viz marg.

153

⁸⁰⁹ Zejm. hrozí-li zmaření účelu předběžného opatření.

⁸¹⁰ Míneň je z povahy věci zejm. povinnost podle § 76 odst. 1 a 2 OSŘ, což však nevylučuje i současně uložení povinnosti navrhovateli, aby podal u soudu návrh na zahájení řízení (§ 76 odst. 3 OSŘ).

⁸¹¹ Srov. § 76 odst. 2 OSŘ.

⁸¹² Není patrné, proč Jirsa „degraduje“ vyhlášení usnesení na „faktické oznámení“ (Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 518). Není důvodu, aby soud předběžné opatření „předvydával“ a teprve následně „fakticky oznamoval“.

⁸¹³ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 460; Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 246.

⁸¹⁴ Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 246.

⁸¹⁵ Srov. např. ve vztahu k předběžným opatřením nejednoznačná ustanovení § 17 a 44 zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách.

č. 84).

Jiným účastníkům než navrhovateli se spolu se stejnopisem usnesení doručí též návrh na předběžné opatření. To platí, pokud jim tedy návrh již není znám, když rozhodně nelze *a priori* vyloučit slyšení účastníka, či dokonce jednání ve věci.⁸¹⁶ Tento postup nelze analogicky použít např. na návrh na zrušení předběžného opatření podávaný odpůrcem podle § 77 odst. 2 OSŘ, tj. „následné“ doručení je zásadně vyloučeno.

154

Byl-li návrh na nařízení předběžného opatření zamítnut nebo odmítnut nebo bylo-li řízení o návrhu zastaveno, doručuje se usnesení jen navrhovateli. Tím má být zachována ochrana práv navrhovatele a předejito uskutečnění nebezpečí z jednání, k jejichž realizaci by „varovaný“ dokonce mohl být sveden (srov. výše o momentu překvapení odpůrce).⁸¹⁷ Nelze proto v samotném nedoručení tohoto rozhodnutí žalovanému, které ve své podstatě zabezpečuje účelnost odvolání žalobce, spatřovat porušení zásady rovnosti účastníků řízení.⁸¹⁸ Jirsa správně analogicky smysl a důsledek ustanovení o „neinformování odpůrce“ vztahuje i na postupy a usnesení související s věcnou a místní příslušností.⁸¹⁹ Stejnopis usnesení je třeba odeslat navrhovateli, popřípadě jeho zástupci ve lhůtě 3 dnů ode dne vyhlášení nebo vydání usnesení (§ 76g OSŘ).

155

8.2 Vykonatelnost předběžného opatření

OSŘ vykonatelnost usnesení o nařízení předběžného opatření upravuje částečně odchylně (*lex specialis*) od úpravy vykonatelnosti ostatních usnesení (srov. § 171 OSŘ). Stanoví, že usnesení o nařízení předběžného opatření je vykonatelné *vyhlášením* usnesení, a nedošlo-li k jeho vyhlášení, vykonatelnost usnesení nastává *okamžikem* jeho doručení povinnému účastníku, popřípadě třetí osobě, byla-li jí uložena nějaká povinnost.⁸²⁰ Je-li však stanovena pariční lhůta (např. ke složení věci do úschovy soudu), neumožňuje zákon zahájit výkon *ex officio* a je třeba podat samostatný exekuční návrh. Nedokonalosti úpravy je požadavek, aby k návrhu na výkon rozhodnutí byl zásadně připojen stejnopis

156

⁸¹⁶ Srov. zejm. rozsudek ESLP ve věci *Micallef* (viz výše marg. č. 69 a násl.), opačný – velmi formální – výklad zastává *Drápal, L., Bureš, J. a kol.* Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 460 („rozhoduje se bez slyšení účastníků“, „není třeba vyžadovat (znát) jejich vyjádření“, „dřívější doručení návrhu je nepřipustné“). Ještě dál jde částečně *David, L. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 76c bod 5 („není rozhodné ani jejich stanovisko či vyjádření k návrhu“, tj. pokud by snad soud k případnému vyjádření odpůrce neměl vůbec přihlížet). Rovněž v tomto ustanovení předvídaná možnost usnesení vyhlásit u soudu svědčí o možném jednání (nikoli jen v souvislosti s věcí samou), byť jde o okrajový argument.

⁸¹⁷ Srov. usnesení ÚS ze dne 3. 12. 2007, sp. zn. IV. ÚS 2959/07 (žalovanému by se totiž signalizovala uvedená procesní aktivita žalobce a dával určitý časový prostor k úkonům, jež by mohly účinnost případně následně vydaného předběžného opatření zmařit).

⁸¹⁸ Srov. náleží ÚS ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 16/09 (ÚS neshledal rozpor § 76g OSŘ se zásadou rovnosti účastníků řízení podle čl. 37 odst. 3 LPS).

⁸¹⁹ *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 527.

⁸²⁰ *Levý, J.* in *Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 247; *David, L. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 76d bod. 3.

rozhodnutí, navíc opatřený potvrzením o jeho vykonatelnosti.⁸²¹ To vyžaduje časový náklad, když např. odpůrci vyhlášené a v protokolu zachycené předběžné opatření je vykonatelné, tedy by mělo být (*de lege ferenda*) umožněno nařízení výkonu rozhodnutí již na tomto podkladu.

Jelikož pro výkon (vykonání), nikoli samotné nařízení, je předběžné opatření nařizováno, těžko uvažovat o tom, že by bylo „většinou vhodné“ s výkonem vyčkávat, než rozhodne odvolací soud.⁸²²

Ve vztahu k vykonávání, jeho zahájení i před vykonatelností a dalším obecným otázkám srov. marg. č. 79 a násl.

8.3 Závaznost předběžného opatření

V § 76e OSŘ se vymezuje okruh osob a orgánů, pro něž je usnesení o nařízení předběžného opatření závazné, tj. osoby a orgány, které jsou povinny se jím ve svých právních vztazích či při své činnosti řídit. Výrok vykonatelného usnesení o nařízení předběžného opatření je zásadně závazný jen pro účastníky řízení a případně pro třetí osoby, kterým byla v souladu s § 76 odst. 2 OSŘ uložena nějaká povinnost, přičemž v případech stanovených zákonem výrok vykonatelného usnesení o nařízení předběžného opatření je závazný i pro další v zákoně uvedené osoby (srov. § 159a a § 82 odst. 2 OSŘ).⁸²³ Závaznost ve vztahu k „orgánům“ (soudy, správní úřady a jiné orgány veřejné správy) nelze přeceňovat, neboť předběžným opatřením je rozhodnuto „jen“ o *zajištění*, přičemž tato otázka bude jen sporadicky otázkou předběžnou pro posuzování vlastních právních vztahů mezi osobami, pro které je výrok předběžného opatření závazný.^{824, 825} Závaznost pro ně bude zejm. znamenat, že jsou povinni k provádění (prosazení) vykonatelnosti svým vrchnostenským jednáním, aniž by „zajištění samy posuzovaly“ (např. provedením zápisu do katastru nemovitostí na základě doručení předběžného opatření podle § 76c OSŘ nebo zohledněním, že podle § 76f odst. 2 OSŘ pozbyl návrh na vklad práva k nemovité věci své právní účinky).

K právní moci viz marg. č. 74 a násl., k litispendenci viz marg. č. 73, k vykonatelnosti marg. č. 79 a násl., k „třetím“ marg. č. 117.

⁸²¹ § 261 odst. 3 OSŘ.

⁸²² Tak uvádí *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 521.

⁸²³ *Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 247 a násl.

⁸²⁴ Zřejmě odlišně *David, L. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 76e bod 5.

⁸²⁵ Srov. § 76f odst. 1 OSŘ.

8.4 Zvláštní účinky předběžného opatření

Obecně k účinkům předběžného opatření srov. marg. č. 44 a násl. Pokud jde o hmotněprávní účinky ve vztahu k *právnímu jednání*, které bylo učiněno tím, pro něhož je výrok vykonatelného usnesení o nařízení předběžného opatření *závazný* (§ 76e OSŘ), pak toto je *neplatné*, jestliže jím byla porušena povinnost uložená vykonatelným usnesením o nařízení předběžného opatření. Jaký byl rozsah uložené povinnosti, nemusí být na první pohled vždy zřejmé; podstatné bude posouzení z pohledu maření účelu předběžného opatření.⁸²⁶

158

Příklad:

Zákaz převést (a jinak nakládat) se spoluvlastnickým podílem tvořícím součást společného jmění účastníků, který byl vysloven v předběžném opatření, nemůže bránit vypořádání společného jmění manželů, které účastníci provedli dohodou pro případ rozvodu svého manželství, neboť vypořádání společného jmění manželů nepředstavuje převod a ani jiné nakládání s věcí, která náleží do společného jmění manželů.⁸²⁷

Příklad:

Odporce se přes předběžným opatřením uložený zákaz *nakládat*⁸²⁸ s nemovitostí dovolal relativní neplatnosti nabývací smlouvy, čímž by obecně ztratil vlastnictví nemovitosti. I dovolání se relativní neplatnosti však představuje nakládání s nemovitostí (spoluvlastnickým podílem), a tedy šlo o neplatné právní jednání.⁸²⁹

Příklad:

Přeběžné opatření, kterým bylo účastniku uloženo, aby nenakládal s určitou nemovitostí, nepůsobí pozbytí účinků návrhu na vklad práva ve prospěch účastníka, jenž vydání tohoto předběžného opatření navrhl a jehož ochraně předběžné opatření slouží.⁸³⁰

Jedná se o *absolutní neplatnost* v tom smyslu, že soud je povinen přihlídnout k ní i bez návrhu, resp. každý věřitel na ni může poukazovat. Není však vyloučeno dobrovolné nabytí za splnění zákonných předpokladů (§ 1109 až 1113 ObčZ).^{831, 832} Ohled-

159

⁸²⁶ Obdobně *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 524 (neplatný je i právní úkon, který smysl předběžného opatření obchází).

⁸²⁷ Srov. rozsudek NS ze dne 25. 11. 2010, sp. zn. 21 Cdo 4817/2009.

⁸²⁸ V zákazu nakládat s věcí nebo právem je obsažena nepřipustnost jakýchkoliv (dvoustranných či jednostranných) právních úkonů, kterými by mohl být změněn dosavadní právní stav věci nebo práva, které jsou předmětem řízení.

⁸²⁹ Srov. rozsudek NS ze dne 31. 8. 2011, sp. zn. 33 Cdo 999/2010 (*Svoboda, K.* Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013, s. 117).

⁸³⁰ Srov. rozsudek NS ze dne 30. 8. 2012, sp. zn. 21 Cdo 1708/2011.

⁸³¹ Zřejmě odlišný názor zastává *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 525 (absolutní neplatnost se týká i třetích osob), který dobrou víru třetích osob explicitně nezohledňuje.

⁸³² Obdobně je tomu v Rakousku (§ 379 odst. 3 bod 2 EO), což pochopitelně potenciálně snižuje míru ochrany navrhovatele. Jisté zlepšení situace je způsobilé poskytnout opatření spojené se soudní úschovou (*König, B.* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz,

ně *nemovitých* věcí však pozici navrhovatele posiluje § 76f odst. 2 OSŘ. Zákon prohlašuje, že *návrh* na vklad práva týkající se nemovité věci, s níž bylo účastníku zakázáno nakládat, *pozbyvá své právní účinky*; to platí i tehdy, jestliže účastník učinil právní jednání týkající se nemovité věci *dříve*, než se usnesení o nařízení předběžného opatření stalo vykonatelným. Ztratil-li návrh před rozhodnutím o povolení vkladu své právní účinky, katastrální úřad návrh zamítne (§ 18 KatZ). Tím jsou ve prospěch navrhovatele⁸³³ řešeny i konstelace, kdy převodní smlouva byla uzavřena dobrověrně před vykonatelností předběžného opatření, avšak doposud nebyla zavkládována.⁸³⁴ V těchto případech však nebude smlouva jen z důvodu později vydaného předběžného opatření neplatná. Její plnění odpůrcem však bude ohroženo v závislosti na vyznění předběžného a hlavního řízení.⁸³⁵ V praxi lze zaznamenat „spolupráci“ mezi navrhovatelem, soudy a katastrálními úřady ve smyslu ochoty vyčkat výsledek předběžného řízení.

9. Zánik a zrušení předběžného opatření (§ 77 OSŘ)

Soud může stanovit, že předběžné opatření bude trvat jen *po určenou dobu*,⁸³⁶ dále předběžné opatření *zruší*, jestliže pominou důvody, pro které bylo nařízeno, příp. jestliže navrhovatel nesložil doplatek jistoty,⁸³⁷ anebo je *zánik* předběžného opatření „podpůrně“ upraven *ex lege*.⁸³⁸ Uvedené výrazně formuje charakteristiku předběžnosti a prozatímnosti předběžných opatření (srov. marg. č. 144).

160

Byl-li nařízen podle zaniklého (zrušeného) předběžného opatření výkon rozhodnutí, soud ho zastaví [§ 268 odst. 1 písm. b) OSŘ].⁸³⁹

2012, s. 49).

⁸³³ Zákodárce zde upozaduje ochranu dobrověrných třetích osob; dle mého názoru, aniž by se tím dostával za hranici ústavnosti (tj. v rámci přípustné úvahy o řešení hodnotově konfliktní situace).

⁸³⁴ Srov. náleží ÚS ze dne 28. 1. 2009, sp. zn. III. ÚS 635/06: Není možno se ztotožnit s argumentací obecného soudu, že návrh na vydání předběžného opatření, kterým měl být uložen zákaz účastníkovi řízení zcizit konkrétní nemovitosti, je bezpředmětný, pokud účastník řízení tyto nemovitosti již prodal. V případě, že v době rozhodování o takovém návrhu *nebyl* vklad vlastnického práva kupujícího do katastru nemovitostí příslušným katastrálním úřadem *povoleno*, může vydané předběžné opatření zabránit převodu vlastnického práva na kupujícího k předmětným nemovitostem.

⁸³⁵ Obdobně David, L. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 76f, bod 3; Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 465.

⁸³⁶ Srov. § 77 odst. 1 písm. d) OSŘ a výše marg. č. 144.

⁸³⁷ § 77 odst. 2 OSŘ.

⁸³⁸ V § 77 odst. 1 písm. a) až c) OSŘ.

⁸³⁹ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 468; Winterová, A. in Škárková, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 152.

9.1 Zánik předběžného opatření

Předběžné opatření zanikne, aniž by o tom soud vydával zvláštní rozhodnutí, jestliže

161

- a) návrhovatel nepodal v zákonné lhůtě nebo ve lhůtě soudem určené návrh na zahájení řízení,
- b) nebylo návrhu ve věci samé vyhověno,
- c) bylo návrhu ve věci samé vyhověno a uplynulo patnáct dní od vykonatelnosti rozhodnutí o věci,
- d) uplynula určená doba, po kterou mělo trvat.

Nepodal-li návrhovatel ve stanovené (popřípadě prodloužené) lhůtě návrh na zahájení řízení ve věci samé, ačkoliv mu to bylo zvláštním zákonným ustanovením nebo soudem uloženo (§ 76 odst. 3 OSŘ), předběžné opatření zaniká podle písmene a) dnem *uplynutí* stanovené, popřípadě prodloužené *lhůty*. S ohledem na otázku povahy lhůty jako procesní či hmotněprávní (viz marg. č. 142) je možné upozornit na zákonnou dikci, podle které má návrhovatel *podat* ve lhůtě návrh na zahájení řízení.⁸⁴⁰ V tomto případě se mívá v situaci, kdy předběžné opatření bylo vydáváno před zahájením řízení ve věci samé.

162

Nebylo-li návrhu ve věci samé vyhověno, tj. byl-li rozhodnutím soudu pravomocně odmítnut, zamítnut nebo řízení ve věci bylo pravomocně zastaveno, zaniká předběžné opatření podle písmene b) dnem *první moci* „nevyhovujícího“ rozhodnutí. Nelze však vyloučit podání nového návrhu na vydání předběžného opatření např. i za dovolacího řízení (jsou-li splněny podmínky pro jeho vydání). V tomto i následujícím případě jde o reflex výsledku hlavního řízení o zajišťovaném nároku, ve vztahu ke kterému plní předběžné opatření zajišťovací služebnou funkci.

Pro zánik předběžného opatření podle § 77 odst. 1 písm. c) OSŘ je nutné zjistit, kdy vyhovující rozhodnutí ve věci samé nabylo vykonatelnosti, byť vykonatelnosti předběžné.^{841, 842} Uplynutím *patnácti dní od nabytí vykonatelnosti* (nikoli právní moci) meritorního rozhodnutí předběžné opatření zanikne. Zákon zřejmě vychází z toho, že doba 15 dní od vykonatelnosti meritorního rozhodnutí je dostatečná k tomu, aby návrhovatel zahájil řízení o výkon rozhodnutí či exekuční řízení a zároveň v těchto řízeních došlo k exekučnímu zajištění [směřujícímu k následnému provedení exekuce (zpeněžení) a uspokojení návrhovatelova nároku]. V praxi však není výjimkou, že

⁸⁴⁰ I proto se nezdá být správný závěr, podle něhož nestačí podání k poštovní přepravě v poslední den lhůty (viz pozn. pod čarou č. 760).

⁸⁴¹ Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 260; Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 253.

⁸⁴² Není to však ideální úprava, neboť samotná předběžná vykonatelnost je institutem již ze svého označení rovněž předběžným, jehož využití zakládá pro návrhovatele dodatečná rizika, která jsou mu v rozporu s dispoziční zásadou „oktrojována“ povinností zahájit výkon rozhodnutí (exekuci), nemá-li ztratit pozici zajištěnou předběžným opatřením. Navíc se vyskytují situace, kdy předběžné opatření předchází relevantnímu nebezpečí i v době po zahájení výkonu rozhodnutí. Problematický je rovněž zánik předběžného opatření z důvodu vyhovění prvoinstančním předběžně vykonatelným rozhodnutím z pohledu náhrady škody (jistoty s ní spojené), pokud by v druhé instanci zajišťované právo bylo „oduznáno“; ze zákonného znění vyplývá, že by odpůrce ztratil „výhodu“ v podobě zpřísněné odpovědnosti návrhovatele (§ 77a OSŘ).

samo získání doložky vykonatelnosti je záležitostí týdnů, nemluvě o případech, kdy hlavní řízení bylo vedeno v zahraničí, a tedy zahájení exekučního řízení bude předpokládat např. potvrzení zahraničních soudů a překlady dokumentů. „Pausální“ zánik předběžného opatření *ex lege*, bez možnosti soudcovského prodloužení zákonné lhůty, nepovažují za krok správným směrem, když vykonatelnost rozhodnutí ve věci samé by lépe bylo zohlednit a individuálně posoudit jako důvod „změny okolností“ (§ 77 odst. 2 OSŘ) vedoucí ke zrušení předběžného opatření.⁸⁴³ Nelze vyloučit vydání předběžného opatření i *před zahájením* nebo v *průběhu* exekučního řízení⁸⁴⁴ (srov. mj. příklad u marg. č. 77). *De lege ferenda* by měla být zvážena možnost přechodu („přetavení“) zajištění na základě předběžného opatření v zajištění exekuční.⁸⁴⁵

Bylo-li soudem rozhodnuto, že předběžné opatření bude trvat jen po určenou dobu (srov. § 76 odst. 3 OSŘ), pak podle písmene d) předběžné opatření zaniká uplynutím určené doby.

9.2 Zrušení předběžného opatření

Předběžné opatření předseda senátu zruší, jestliže *pominou* důvody, pro které bylo nařízeno. Předběžné opatření předseda senátu zruší také tehdy, jestliže návrhvatel ve stanovené lhůtě *nesložil* doplatek jistoty.

163

Problematickému výkladu § 77 odst. 2 OSŘ byla věnována pozornost v marg. č. 71 [Předběžné řízení (opatření) a čl. 6 EÚLP], marg. č. 100 (Zrušení předběžného opatření z důvodu změny okolností včetně vazby na odvolání a odpor) a marg. č. 75 (Předběžná opatření a právní moc).

Lze připomenout rozkolísanost soudní praxe i nejednotnost právní teorie k otázce výkladu sousloví *pominou důvody*, pro které bylo předběžné opatření nařízeno. Důvody jsou chápány jako pouze následné,⁸⁴⁶ či i tak, že od počátku neexistovaly.^{847, 848}

⁸⁴³ „Pokrokovější“ byl i § 226 odst. 2 písm. d) OSŘ 1950 („*Předběžné opatření se zruší z úřední povinnosti, jestliže oprávněný nabytí možnosti vést exekuci a do patnácti dnů od této doby nenavrhne její povolení*“).

⁸⁴⁴ Není správný názor, že „předběžné opatření je pojmově svázáno s nalézacím řízením“, tedy že hlavním řízením nemůže být řízení exekuční (citováno z *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 531). Srov. též *Levý, J.* in *Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 230.

⁸⁴⁵ Tím by mj. byl odstraněn problém ztráty pořadí, které bylo získáno na podkladě předběžného opatření (srov. *Rubeš, J.* Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 260).

⁸⁴⁶ Tak nálezu ÚS ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 16/09 („*soud posuzuje aktuální trvání těchto podmínek, a nikoliv to, zda tyto podmínky byly dány v době nařízení*“); *Levý, J.* in *Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 253 (jestliže se po nařízení předběžného opatření změnila okolnost); *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 532 (důvody pro existenci předběžného opatření odpadly). Pro tento výklad mluví mj. geneze ustanovení, když § 226 odst. 1 OSŘ 1950, jehož je současná úprava zjednodušením, uváděl: „*Změní-li se poměry tak, že předběžné opatření není již nutné ani účelné, zruší je soud na návrh nebo z úřední povinnosti*“.

⁸⁴⁷ Tak disentanční stanovisko soudkyně Janů k nálezu ÚS sp. zn. Pl. ÚS 16/09; *Rubeš, J.* Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970, s. 260 (objeví-li se dodatečně, že předpokládané důvody dány nej-sou); *Winterová, A.* in *Škárová, A. a kol.* Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání.

K mému názoru viz marg. č. 100.

O zrušení předběžného opatření může soud podle převažujícího výkladu rozhodnout na návrh i bez návrhu.⁸⁴⁹ Uvedený převažující výklad v mnohém odpovídá zákonu (jeho znění, vývoji ustanovení, úmyslu tehdejšího zákonodárce i skutečnosti, že ustanovení nebylo změněno v souvislosti s přijetím ZŘS). Hodnotově a v dalších souvislostech však lze nad takovým výkladem vyslovit pochybnosti, neboť mám za to, že ve *sporném* řízení soud „za účastníka“ nejedná (platí dispoziční zásada a zásada procesní rovnosti účastníků). Jde o překonanou koncepci „jednotného procesu“, která se projevila do sporného řízení „cizorodého“ § 226 odst. 1 OSŘ 1950.⁸⁵⁰ V koncepci klasického i nového sporného řízení by takový zásah *ex offio* místa mít neměl. Zrušení předběžného opatření se ve sporu tedy děje na návrh.⁸⁵¹ Jinou věcí je, že zbytečné otálení s návrhem na zrušení předběžného opatření ze strany účastníka znamená porušení *prevenční povinnosti* ve vztahu k případně vznikající škodě (újmě).

Proti usnesení o zamítnutí návrhu na zrušení předběžného opatření je vždy *odvolání* subjektivně legitimovaného účastníka přípustné. V případě, že návrh na zrušení předběžného opatření podá navrhovatel, jelikož předběžné opatření lze nařít ve sporu pouze na návrh, je s ohledem na dispoziční zásadu povinností soudu takovému návrhu vyhovět.⁸⁵²

I pro toto řízení platí *zásada bezodkladnosti* a procesní rovnosti, mj. pokud jde o uplatnění pravidla *osvědčování* („pro obě strany“, jak vysvětlena výše).⁸⁵³

Mám – oproti panující soudní praxi – za to, že by zásadně mělo být o návrhu odpůrce podle § 77 odst. 2 OSŘ konáno *jednání*.

Praha : Linde, 2009, s. 153; s výhradou *Křiváčková, J.* Nad nálezem Ústavního soudu Pl. ÚS 16/09 ze dne 19. 1. 2010. Právní fórum, 2010, č. 8, s. 400 (nejednoznačnost vyplnutí použití daného postupu ze zákona).

⁸⁴⁸ Ne zcela jednoznačnou formulaci používá *Drápal, L., Bureš, J. a kol.* Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 468 (nejsou dány *další* důvody pro jeho trvání).

⁸⁴⁹ *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 533; *Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 253; *Handl, V., Rubeš, J.* Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha : Pano-rama, 1985, s. 342.

⁸⁵⁰ Změni-li se poměry tak, že předběžné opatření již není nutné ani účelné, zruší je soud na návrh *nebo z úřední povinnosti*.

⁸⁵¹ Ve výsledku shodně *Winterová, A. in Škárová, A. a kol.* Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 153.

⁸⁵² *Srov. Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 253.

⁸⁵³ Usnesení ÚS ze dne 20. 4. 2006, sp. zn. I. ÚS 504/05 (principy pro nařízení předběžného opatření se *mutatis mutandis* uplatní také při zkoumání, zda pominuly důvody, pro které bylo nařízeno, jako předpokladu pro zrušení podle § 77 odst. 2 OSŘ).

10. Náhrada škody a jiné újmy (§ 77a OSŘ)

O náhradě škody a jiné újmy (i s ohledem na OSŘ) bylo pojednáno v obecných partiích, na které lze odkázat, zejména pokud jde o případy omezení dosahu a rozsahu odpovědnosti, které by se na první pohled nepodávaly z prostého textu ustanovení § 77a OSŘ (viz marg. č. 88 a násl., 90 a násl.).

165

Českou partikularitou je široký rozsah negativních následků předběžného opatření, které mají být napraveny v režimu *zvláštní* odpovědnosti skutkové podstaty § 77a OSŘ. Vedle škody, včetně ušlého zisku, půjde i o újmu imateriální a případné bezdůvodné obohacení.⁸⁵⁴

Na druhou stranu mám za to, že je výkladem třeba omezit *okruh „poškozených“*. To redukcí „každého“ na účastníky a třetí ve smyslu § 77 odst. 2 OSŘ⁸⁵⁵ (tj. „přímo dotčené“), příp. na skrze povinnost uloženou přímo účastníkovi reflexně (odvozeně) na svých právech dotčené třetí osoby,⁸⁵⁶ není-li původ jejich škody (újmy) vyvolán jednáním přímo dotčeného. V ostatních případech těžko hovořit o vzniku újmy předběžným opatřením a příčinné souvislosti, neboť předběžné opatření *přímo* do práv třetích bez jejich účastenství zasáhnout nemůže – viz výše k § 76 odst. 2 OSŘ. Jak bylo uvedeno v obecných partiích, vždy se uplatní (přes objektivnost odpovědnosti) pravidla týkající se kauzálního nexu (v naší civilistice ovládaného teorií adekvátní příčinné souvislosti⁸⁵⁷), spoluzavinění (před zahájením řízení i po něm), prevenční povinnosti (též povinnost adekvátní obrany ve smyslu procesních opravných prostředků) atd. Zákon výslovně navrhovatele *liberuje*, tj. zprošťuje objektivní odpovědnosti v případech, kdy by ke škodě nebo k jiné újmě došlo i jinak, tedy nepochybně např. v důsledku živelní pohromy nebo vady spočívající ve vnitřní povaze věci,⁸⁵⁸ avšak též v důsledku chování (jednání) jiných osob [kupř. zákaz převedení nemovité věci se uskuteční paralelně z předběžného opatření a zákazu soudu podle § 335b odst. 1 písm. a) OSŘ]. Pokuty uložené odpůrci podle § 351 OSŘ za nedodržení předběžného opatření není navrhovatel povinen odškodňovat. Nevznikly totiž předběžným opatřením (jeho výkonem), ale naopak jeho nerespektováním.⁸⁵⁹

166

⁸⁵⁴ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 470; jiný názor zastává Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 154 (zadostiučinění nepřichází v úvahu).

⁸⁵⁵ Takto úzce pojem vykládá Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 535 a 537; dále Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 154; šířeji pak Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 469 (osoby, jejichž právní sféry se nařízením předběžného opatření dotklo); resp. Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 255 (každá osoba, které se předběžné opatření dotklo).

⁸⁵⁶ Pro příklad srov. usnesení NS ze dne 15. 11. 2012, sp. zn. 28 Cdo 2596/2012 (C 13410): odpůrci bylo zakázáno umožnit třetím osobám spotřebu těžkého topného oleje z pěti zásobních nádrží, čímž třetí osoba, která měla nádrže v nájmu, údajně utrpěla škodu v důsledku přechodu na zemní plyn.

⁸⁵⁷ Např. Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 1555 a násl.

⁸⁵⁸ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 470.

⁸⁵⁹ Obdobně Angst, P. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008, s. 1811.

Za správný nepovažují *zobecnující* závěr, podle kterého „odpovědnost státu za škodu způsobenou předběžným opatřením podle zákona č. 82/1998 Sb. je... speciální úpravou [miněno § 77a OSŘ – pozn. VH] vyloučena“.⁸⁶⁰ Činnost a rozhodování soudů v předběžném řízení zásadně nejsou v dosahu zákona č. 82/1998 Sb. (o *odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci* rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem) vyloučeny.⁸⁶¹ Pouze zvláštní riziko „neoprávněného“ předběžného opatření nenese stát, ale navrhovatel (viz § 77a OSŘ a marg. č. 89⁸⁶²,⁸⁶³).

167

Příklad:

Odpovědnost státu za škodu (újmu) může být – za splnění dalších podmínek (!) – shledána *viči navrhovateli* tam, kde soud „zašantročí“ oprávněný návrh a nerozhodne o něm (čímž nemám na mysli „pouhé“ nedodržení pořádkové lhůty pro vydání rozhodnutí) anebo *viči odpůrci* tam, kde mu soud uložil povinnost v rozporu s vázaností návrhem (tj. něco jiného nebo nad rámec navrhovaného) či tam, kde soud vydává předběžná opatření (byť k „podnětu“) v řízeních, která může zahájit i bez návrhu (ZŘS).

Řízení o náhradu škody (újmy) je ovládáno *dispoziční zásadou*. Žalobu – proti navrhovateli – je pod sankcí *prekluze* nároku nutno podat ve lhůtě do 6 měsíců ode dne, kdy předběžné opatření zaniklo nebo kdy bylo pravomocně zrušeno. *Místně a věcně příslušným* k projednání žaloby a k rozhodnutí o ní je soud, který v prvním stupni rozhodoval o předběžném opatření. O žalobě soud rozhoduje v řízení *podle části třetí OSŘ*, tj. nikoli podle zásad vlastních předběžnému řízení.⁸⁶⁴ O žalobě, která je ná-

168

⁸⁶⁰ *Vojtek, P.* Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, § 8; obdobně nekriticky *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 255 („za škodu odpovídá vždy navrhovatel předběžného opatření“). Příliš zobecnující závěry vycházejí z rozhodnutí NS, podle kterého za škodu nebo jinou újmu způsobenou předběžným opatřením, které bylo zrušeno z jiného důvodu než proto, že návrhu ve věci samé bylo vyhověno, nebo proto, že právo navrhovatele bylo uspokojeno, odpovídá navrhovatel předběžného opatření, i když předběžné opatření bylo změněno nebo zrušeno odvolacím soudem; odpovědnost státu za škodu způsobenou předběžným opatřením podle zákona č. 82/1998 Sb. ve znění pozdějších předpisů je vyloučena. To platí i tehdy, jestliže odvolací soud změnil předběžné opatření tak, že návrh na jeho nařízení odmítl [rozsudek NS ze dne 23. 9. 2008, sp. zn. 29 Cdo 3137/2007 (Rc 32/2009)]. Srov. též *Drápal, L., Bureš, J. a kol.* Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 470; *Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 255.

⁸⁶¹ Co do kvality lze využít standardu použitého rakouským OGH (sp. zn. 10b10/94, sp. zn. 10b45/95 a sp. zn. 10b298/00f: „Eine Überschreitung des dem Gericht eingeräumten Ermessensspielraums liegt vor, wenn die Ermessensübung in Ausübung der richterlichen Unabhängigkeit als grob sachwidrig und unvertretbar erachtet werden muß“). Volně přeloženo nelze obhájit soudcovskou úvahou vykonanou při vší nezávislosti *hrubě* nesprávně a neobhajitelně (např. co do právního názoru).

⁸⁶² Srov. též *David, L. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009, § 77a bod 2.

⁸⁶³ Neobstojí příliš obecný závěr K. Svobody (*Svoboda, K.* Kdo odpovídá za škodu z nezákonného předběžného opatření. Právní rozhledy, 2008, č. 13, s. 485 a násl.), podle kterého „za škodu z předběžného opatření odpovídají vedle sebe jak navrhovatel předběžného opatření, tak stát“. Jisté „překryví“ však zcela vyloučit nelze, avšak základ odpovědnosti bude různý. Např. pokud navrhovatel neměl zajišťovaný nárok a soud (stát) měl *evidentně* vyžádat doplatek jistoty, přičemž škoda je nevymahatelná; spoluodpovědnost odpůrců za případné nepodání návrhu dle § 76h OSŘ je však možná.

⁸⁶⁴ To je podstatný rozdíl oproti úpravě prvorepublikové (EO) – rozhodnutí NS ČSR ze dne 9. 10. 1923,

vrhem ve věci samé, soud tedy rozhodne meritorně *rozsudkem*.⁸⁶⁵ Pravomocně přiznaná náhrada škody nebo jiné újmy se uspokojí z navrhovatelem složené *jistoty* včetně jejího *doplatku*, na které však není povinnost navrhovatele nahradit škodu nebo jinou újmu omezena. Nepostačuje-li jistota k uspokojení všech poškozených, rozdělí soud jistotu mezi ně poměrně, podle poměru jejich pohledávek.⁸⁶⁶

11. Náhrada nákladů řízení (§ 145 OSŘ)

Právní úprava týkající se placení a náhrady nákladů předběžného řízení je v současném OSŘ (v důsledku poválečného vývoje sledujícího zjednodušení úpravy) redukována na jednu větu: Účastníku, jemuž soud přizná náhradu nákladů řízení, přizná i náhradu nákladů předběžného opatření (§ 145 OSŘ).

169

Implicitně z uvedeného ustanovení vyplývá to, co stanovil § 227 OSŘ 1950 výslovně, tj. *náklady* vzniklé v souvislosti s předběžným opatřením *nese* navrhovatel, a to s výjimkou nákladů odpůrce. Dále pak, že o případném nároku na *náhradu* těchto nákladů vůči odpůrci a o případném nároku odpůrce na náhradu jeho nákladů *zásadně rozhodne* soud, který rozhodl v řízení ve věci samé. Nedošlo-li však k řízení ve věci samé, zůstává rozhodování o náhradě nákladů na soudu, který předběžné opatření nařídil.

I výše konkretizovaná pravidla však v některých případech vyvolávají praktické problémy dané samostatností předběžného řízení, které však má vazbu na řízení hlavní (ve věci samé). Otázkou je,

- a) v jakém řízení (předběžném či hlavním),
- b) podle jakých zásad (při obdobném použití ustanovení o náhradě nákladů či např. podle ustanovení § 77a OSŘ) a případně
- c) jakým alternativním způsobem náhradu uplatnit (dodatečným návrhem nebo samostatným žalobním řízením), zejm. pokud není možné rozhodnout v těsné časové souvislosti s meritorním rozhodnutím.⁸⁶⁷

Problematicčnost „úsporné“ úpravy se ukazuje již na v zásadě ničím, resp. pouhou domněnkou⁸⁶⁸ odůvodněné „letité soudní praxi“,⁸⁶⁹ podle které soud již při rozhodování o návrhu na vydání předběžného opatření podle § 920 odst. 2 ObčZ,⁸⁷⁰ *výjimečně*

170

sp. zn. R I 795/23 (Vážný 2999).

⁸⁶⁵ Opačně Winterová, A. in Škárová, A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 154 (soud rozhodne usnesením).

⁸⁶⁶ Levý, J. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 256.

⁸⁶⁷ Např. protože po vydání předběžného opatření nebylo hlavní řízení zahájeno.

⁸⁶⁸ A to, že řízení ve věci se *zpravidla* nekoná.

⁸⁶⁹ Srov. Handl, V., Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha : Panorama, 1985, s. 338; Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 958.

⁸⁷⁰ Tj. včetně případu, kdy návrhu vyhově.

rozhoduje o náhradě nákladů řízení.⁸⁷¹ Obdobná domněnka v současné době vzniká např. u předběžných opatření ve věci ochrany proti domácímu násilí (srov. marg. č. 179), avšak vnukává se i pro případy, kdy v hlavním řízení budou náklady předběžného řízení stěžejně přiznatelné, např. protože hlavní řízení probíhá v zahraničí anebo je představované exekucí. Má odpůrce vůbec nějakou možnost zbavit se zatížení těmito náklady (v závislosti na výsledku hlavního řízení)?

Jisté by mělo být, že pokud jedné straně v souvislosti se soudním předběžným řízením vzniknou náklady, které by podle zásad uvedených v § 142 a násl. OSŘ⁸⁷² měly být nahrazeny (tj. řízení ve věci samé takovou náhradu připouští), pak nesmí absentovat mechanismus, prostřednictvím kterého bude lze náhradu těchto nákladů přiznat. Podívejme se na problematiku z pozice obou stran (účastníků).

Právo na náhradu nákladů předběžného řízení se *navrhovateli* zásadně nepřiznává při rozhodování o nařízení předběžného opatření, ať již k němu dochází před zahájením, nebo průběhu hlavního řízení. Předpokládá se, že o nákladech se rozhodne „komplexně“ v hlavním řízení, jehož předmětem je zajišťovaný nárok. Zásady náhrady nákladů řízení zde musejí mluvit v navrhovatelův prospěch, má-li se mu náhrady nákladů i za předběžné řízení dostat. Podle mého mínění však nelze souhlasit s převažujícím názorem,⁸⁷³ že by navrhovatel předběžného opatření měl právo na přiznání nákladů předběžného řízení i tehdy, pokud v něm neuspěl, a to přesto, že případně následně uspěl ve věci samé. Z neodůvodněné (neúčelné) vyvolané předběžného řízení jednak nemůže navrhovatel ani „odvozeně benefitovat“ prostřednictvím náhrady nákladů řízení, jednak by vznikala nedůvodná odchylka od níže uvedené situace, kdy je odpůrci přiznávána náhrada nákladů řízení již v rámci předběžného řízení.

Právo na náhradu nákladů předběžného řízení se *odpůrci* rovněž zásadně přiznává až v souvislosti s ukončením hlavního řízení, pokud zásady náhrady nákladů řízení mluví v jeho prospěch (obvykle pokud došlo k zamítnutí žaloby nebo jejímu „svévolnému“⁸⁷⁴ zpětvzetí). Pokud však předběžné opatření nebylo pravomocně nařízeno⁸⁷⁵ a odpůrci vznikly náklady předběžného řízení,⁸⁷⁶ má na jejich náhradu – souzeno obdobně dle obecných zásad náhrady nákladů řízení – nárok již v rámci předběžného řízení.⁸⁷⁷ To bez ohledu na výsledek případného hlavního řízení.

⁸⁷¹ Tedy jako by již mělo být jisto, že řízení se před ním končí, tj. obdobně podle § 151 OSŘ.

⁸⁷² Případně podle § 12 věty druhé, § 505 ZŘS atp.

⁸⁷³ Srov. *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013, s. 958 („pro rozhodnutí o náhradě nákladů předběžného opatření je zcela bez významu, zda s ním navrhovatel uspěl“); *Winterová, A. in Škárová, A. a kol.* Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 350.

⁸⁷⁴ Srov. § 146 odst. 2 OSŘ.

⁸⁷⁵ Soud (první či druhé instance) návrh na vydání předběžného opatření zamítl, odmítl či řízení zastavil.

⁸⁷⁶ Často mu nevzniknou, protože řízení je vedeno tzv. jednostranně (*ex parte*).

⁸⁷⁷ Někteří autoři odpůrcův nárok (přiznávají již v rámci předběžného řízení) omezují na případy, kdy nejde o předběžné opatření podle § 102 OSŘ (*Winterová, A. in Škárová, A. a kol.* Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009, s. 350). Mám za to, že pokud navrhovatel v běžícím meritorním řízení podá nedůvodný návrh na vydání předběžného opatření (např. proto, že zde není zajišťovací důvod) a odpůrce se mu s vynaložením (účelných) nákladů ubrání, má na jejich náhradu právo v rámci rozhodování o předběžném opatření (tj. v předběžném řízení).

Jak již výše naznačeno, bude třeba pro některé případy hledat *zvláštní mechanismus* přiznání náhrady nákladů řízení (např. dojde-li k uspokojení zajišťované pohledávky po vydání předběžného opatření, před zahájením hlavní věci, kterou pak již navrhovatel nemá důvod, resp. možnost úspěšně zahajovat, a nepodal-li odpůrce do předběžného opatření odvolání). Zde lze (je-li to vůbec možné závčas) *ze strany navrhovatele* podat návrh na zrušení předběžného opatření podle § 77 odst. 2 OSŘ anebo připustit návrh na dodatečné rozhodnutí o náhradě nákladů předběžného řízení. To ostatně obvykle tak jako tak nelze mít za zcela skončené, neboť soud bude rozhodovat např. o vrácení jistoty. Jinou, nepřilíš systémovou (ekonomickou) variantou, by bylo podání samostatné žaloby na náhradu nákladů řízení.

V opačném gardu, tedy *ve prospěch odpůrce*, bude třeba hledat cestu tam, kde předběžné opatření zaniklo nepodáním žaloby ve lhůtě určené soudem, anebo uplynula-li lhůta, po kterou mělo předběžné opatření trvat (aniž bylo zahájeno hlavní řízení) a zásady náhrady nákladů řízení (nikoli „přísná“ odpovědnost podle § 77a OSŘ) svědčí přiznání nároku na náhradu nákladů řízení odpůrci (srov. příklad výše, kdy odpůrce uspokojil zajišťovanou pohledávku). Metodou uplatnění zde může být jak „následné“ usnesení o náhradě nákladů řízení, anebo samostatná žaloba⁸⁷⁸ (vodítkem by zde měla být procesní ekonomie). Obdobně, nelze-li při vydání předběžného opatření přiznané náklady (viz případy výše) „oduznat“ v hlavním řízení (např. proto, že to nepřipouští řízení probíhající v zahraničí, nebo žalobce nebyl povinen hlavní řízení zahájit), je nutné připustit nejen žalobu odpůrce popírající zajišťovaný nárok (namísto a nahrazuje věc samou), ale i žalobu na náhradu škody za náklady přiznané navrhovateli v rámci předběžného řízení (příp. uplatňující náklady odpůrci vzniklé).

Pokud je zahájeno řízení ve věci samé, pak by o nákladech předběžného řízení tam, kde ke zrušení předběžného opatření dochází podle § 77 odst. 2 OSŘ, mělo být rozhodováno v hlavním řízení⁸⁷⁹ (problematický bude tento závěr pro ty, kteří připouštějí rozhodování v řízení podle § 77 odst. 2 OSŘ s účinky *ex tunc*). V těchto případech není správný závěr, že změna poměrů by měla jít automaticky a v rámci samostatného rozhodování o nákladech k tíži navrhovatele;⁸⁸⁰ srov. přiměřené úvahy o náhradě škody pod marg. č. 90 a násl.

Z výše uvedeného plyne, že rozhodování o náhradě nákladů řízení bude začasté kazuistické.

⁸⁷⁸ Tu podle mého názoru nelze podřazovat pod svou povahou hmotněprávní § 77a OSŘ, který nemíří na náhradu nákladů řízení.

⁸⁷⁹ Zřejmě opačně Bílý, M. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 503. Drápal navrhuje vypořádání nákladů podle § 77a OSŘ (Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 986); v daném řízení jsou však uplatňovány pouze nároky bývalého odpůrce (nikoli navrhovatele) – podle mého názoru uvedený názor přehlíží, že zrušení předběžného opatření podle § 77 odst. 2 OSŘ nevyvolává automaticky odpovědnost podle § 77a OSŘ (viz výklady k omezením rozsahu této odpovědnosti – marg. č. 90 a násl.).

⁸⁸⁰ Tak soudí Bílý, M. in Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013, s. 503 (hrazení nákladů navrhovatelem, došlo-li ke změně poměrů, takže již není předběžné opatření zapotřebí).

Jde-li o *soudní poplatek* za předběžné řízení, vzniká poplatková povinnost uložením povinnosti zaplatit poplatek v souvislosti s rozhodnutím soudu o návrhu na nařízení předběžného opatření (§ 4 SoudP). Věcná a osobní osvobození od soudních poplatků se vztahují i shodně na předběžná i hlavní řízení (§ 11 SoudP). Soudní poplatek za návrh na nařízení předběžného opatření činí 1 000 Kč; obdobně to platí pro odvolací řízení (položka 5 a 22 sazebníku poplatků v příloze SoudP).

12. „Zvláštní“ předběžná opatření podle ZŘS

Z OSŘ byla v souvislosti s nabytím účinnosti nového ObčZ a ZŘS „vyňata“ úprava tzv. předběžných opatření podle § 76a a 76b OSŘ. Od 1. 1. 2014 má předběžná ochrana, sledující stejný cíl, svůj základ v ObčZ a ZŘS, které hovoří o předběžných opatřeních ve věci *ochrany proti domácímu násilí* a předběžných opatření *upravujících poměry dítěte*. Zkoumání uvedených „zvláštních“ předběžných opatření není těžištěm této práce, avšak zaslouží si stručné uvedení do kontextu s výše rozebíranou obecnou (podpůrnou) úpravou předběžných opatření v OSŘ; nepřistupuji tedy k podrobné analýze.⁸⁸¹

Předně je třeba říci, že jde o předběžná opatření, která podle výše uvedené „kategorizace“ spadají do předběžných opatření *zatímních* s efektem plnění.⁸⁸² Zvláštní úpravu si zasloužily z důvodu zvýšené pozornosti *senzitivní* problematice („ohrožené děti“ a „domácí násilí“) a dále oprávněně pocítované potřeby prohloubení či garance skutečně *efektivního* řešení. Podstatou však jde stále o předběžná opatření, charakterizovaná „základními stavebními prvky“ [tj. zajišťované právo, zajišťovací důvod, vyvažování zájmů (byť prakticky předurčené zákonodárcem), způsob zajištění, dočasnost atp.]. Tyto prvky jsou však uzpůsobeny uvedenému požadavku efektivní *ochrany ohrožených, resp. porušených* vysoce⁸⁸³ ceněných *práv a právních statků* (např. život či zdraví dítěte, resp. oběti), které ochranu vyžadují i přes „*konkurující*“ *práva a zájmy* (např. právo pečovat o dítě, vlastnické právo, osobní svoboda) a zároveň vyžadují dalekosáhlé *způsoby úpravy* (umístění dítěte do nového prostředí, vykazání z obydlí atp.). „Neobvyklé“ je to, že za určitých okolností vydaná předběžná opatření *nevýžadují* „ospravedlnění“ v *justifikačním* řízení.⁸⁸⁴ Tím však nemá být řečeno, že by řízení ve věci samé nemělo místa. Naopak – potenciálních *justifikačních řízení* je leckdy k dispozici dokonce více (viz níže), avšak jejich zahájení není „vynucováno“ na navrhovatelí.⁸⁸⁵ Zahájení meritorního řízení – s „plnými“ procesními garancemi –

⁸⁸¹ Každé ze zvláštních předběžných opatření by vydalo na samostatnou publikaci.

⁸⁸² K problému se zařazením srov. např. Svoboda, K., Tlášková, Š., Vlášil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 763 („na pomezí mezi rozhodnutím meritorním a rozhodnutím procesním“).

⁸⁸³ Tj. na hodnotovém žebříčku.

⁸⁸⁴ Srov. výše marg. č. 106; ze zahraničí např. König, B. Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012, s. 102.

⁸⁸⁵ Navrhovatel má možnost situaci vyřešit např. odstěhováním (spojeným s odstraněním „podmínek“ pro domácí násilí) a rovněž u odpůrcí lze předpokládat v této senzitivní oblasti zájem řešit věc jinak než soudním řízením ve věci samé. Srov. výše marg. č. 105 a násl.

bude např. na údajném „násilníkoví“, bude-li na něm mít zájem.⁸⁸⁶ Navrhovatel je v rámci „domácího násilí“ toliko poučován o právu návrh na zahájení řízení ve věci podat. Obdobné právo nelze upřít ani odpůrci, který by ve spíše výjimečných případech mohl být dokonce „obětí šikanózního vykázaní z bytu, resp. domu“.

Některé zvláštnosti pro předběžná opatření podle ZŘS vyplývají již z procesních odlišností upravených pro zvláštní řízení v obecné části zákona (§ 1 až 30 ZŘS). Půjde např. o projevy zásady vyšetřovací (§ 21 ZŘS). V ostatním se uplatní pravidla stanovená podpůrně OSŘ (viz výše).

12.1 Předběžná opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí

12.1.1 Zajišťovací důvod a zajišťovaný nárok

Zajišťovacím důvodem těchto předběžných opatření je:

173

- *nesnesitelnost společného bydlení* navrhovatele a odpůrce v domě nebo bytě, ve kterém se nachází společná domácnost, z důvodu *tělesného nebo duševního násilí* vůči navrhovateli nebo jinému, kdo ve společné domácnosti žije, anebo
- nežádoucí sledování nebo obtěžování navrhovatele.

Společné bydlení není omezeno na společné bydlení manželů v domě nebo bytě, v němž se nachází rodinná domácnost manželů (§ 751 ObčZ), příp. rozvedenými manželů (§ 753 ObčZ), ale půjde o společné bydlení i jiných osob, než jsou manželé (§ 3021 ObčZ), např. registrovaných partnerů (§ 3020 ObčZ), nesezdaných párů, studentů v pronajatém bytě, společné bydlení manželů jinde než v rodinné domácnosti (§ 751 odst. 2 ObčZ) atd.

Nesnesitelnost (společného bydlení) musí vyplývat z jednání odpůrce. Zavinění odpůrce se však nevyžaduje (typické však bude úmyslné jednání). Podstatná bude zejm. intenzita, opakování, rozsah násilí – fyzického nebo psychického. Kupř. nepostačují toliko vzájemné hádky účastníků, vzájemné schválnosti, příp. historické útoky nemající své osvědčené pokračování v době přijímání opatření vůči útočníkovi.⁸⁸⁷ Ani zde však nelze paušalizovat, např. s ohledem na vážnost výhrůžek v rámci hádek anebo schválnosti vůči hendikepované osobě (které jsou s ohledem na ni – subjektivně posuzováno – nesnesitelné).

V rámci vyvažování zájmů bude jen obtížné najít zájem odpůrce, který by mohl hovořit pro neposkytnutí předběžné ochrany tam, kde je v rámci nařizování tohoto před-

174

⁸⁸⁶ Mimo dále uvedené „věci samé“ uvažují např. žalobní požadavek na omluvu (za šikanózní vykázaní z bytu zasahující do osobnostních práv odpůrce).

⁸⁸⁷ Tak rozsudek KS v Ostravě ze dne 27. 9. 2012, č. j. 22 A 47/2012-60, dostupný v Beck-online (při posuzování policejního vykázaní).

běžného opatření osvědčen zajišťovací důvod (resp. další předpoklady). Na překážku nebudou např. vlastnické vztahy k bytu či domu, které jsou upozaděny ve vztahu k ohroženým (právním řádem vysoce ceněným) právním statkům. Navíc zákon výslovně předpokládá, že oprávněné zájmy odpůrce budou zohledněny v rámci výjimek z plnění povinností uložených předběžným opatřením (marg. č. 183), resp. budou podrobněji (šířeji) zkoumány ve fázi případného rozhodování o prodloužení trvání předběžného opatření.

Zajišťované nároky v rámci upravovaného poměru vyplývají např. z § 81 a násl. ObčZ (ochrana osobnosti, života a důstojnosti člověka, jeho zdraví, dále duševní a tělesná integrita), § 687 odst. 2 ObčZ (vzájemné respektování důstojnosti manžela, rodinného společenství, vytváření zdravého rodinného prostředí) a dalších svou povahou hmotně-právních ustanovení právního řádu. Ve vztahu ke „stalkingu“ (druhému zajišťovacímu důvodu) lze upozornit i na § 354 TrZ.⁸⁸⁸

175

Je třeba připomenout výjimečnost těchto předběžných opatření v tom, že navrhovatel není nucen k podání *návrhu ve věci samé*, což však je vázáno na *omezenou dobu* trvání předběžného opatření. Jen jsou-li pro to zvlášť závažné důvody, rozhodne soud znovu, tj. podle mého názoru ve zvláštním režimu bez stanovené *povinnosti* podat návrh ve věci samé. Především se však počítá s tím, že pokud trvají důvody pro poskytnutí právní ochrany navrhovatele, pak ochranu je třeba poskytnout zejména rozhodováním ve věci samé. *Hlavní řízení* může představovat řízení o rozvod manželství (o určení, zda tu manželství je či není a o neplatnost manželství), zrušení registrovaného partnerství, řízení o vypořádání společného jmění manželů nebo řízení o vyjasnění (určení či stanovení) užívacích práv k bytu, o vyklizení bytu či zrušení a rozdělení spoluvlastnictví, o ochranu osobnosti atp. Zákon v rámci úpravy předběžných opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí výslovně neupravil vazbu na případně již probíhající či v průběhu trvání předběžného opatření *zahájené řízení ve věci*. Tím vznikl výrazný interpretační problém. Mám za to, že pokud je zahájeno takové řízení, ke kterému se předběžné řízení „připíná“, nelze uplatnit „zvláštní“ omezení doby trvání v § 413 ZŘS „jak stojí a leží“ (tj. aplikovat ustanovení, podle kterého uplynutím šesti měsíců od jeho vykonatelnosti předběžné opatření „stůj co stůj“ zanikne). Jinak by paradoxně byl snížen standard ochrany oběti domácího násilí, včetně stalkingu, přičemž zákonodárce však sleduje přesný opak (jejich zajišťovaný nárok by „předčasně“ pozbyval předběžné ochrany – § 413 ZŘS a též by se zvyšovala „laťka“ důvodnosti nového návrhu – § 752 ObčZ). Lze mít obecně za to, že zahájení řízení ve věci navrhovatele opravňuje k prodloužení doby trvání předběžného opatření do skončení řízení ve věci samé (srov. § 460 ZŘS, § 77 odst. 1 OSŘ). K tomu však z důvodu zániku předběžného opatření ze

⁸⁸⁸ Trestnost (zákaz) dlouhodobého pronásledování tím, že se oběti

- vyhrožuje ublížením na zdraví nebo jinou újmu jemu nebo jeho osobám blízkým,
- vyhledává její osobní blízkost nebo se sleduje,
- vytrvale se prostřednictvím prostředků elektronických komunikací, písemně nebo jinak kontaktuje, nebo
- omezuje v jejím obvyklém způsobu života,

a toto jednání je způsobilé vzbudit v oběti důvodnou obavu o její život nebo zdraví nebo o život a zdraví osob jí blízkých.

zákona (§ 413 ZŘS) uplynutím šesti měsíců od jeho vykonatelnosti vede interpretačně poměrně trnitá procesní cesta. Mám za to, že je-li podán návrh na prodloužení doby trvání předběžného opatření (§ 410 ZŘS), o kterém dosud nebylo rozhodnuto, je třeba jej po uplynutí šestiměsíční lhůty posuzovat jako nový návrh,⁸⁸⁹ jehož důvodnost je třeba posoudit nejen ve světle § 402 ZŘS a § 752 věty druhé ObčZ, ale i ve světle předpokladů obecného předběžného opatření podle OSŘ, které rovněž podle § 76 odst. 1 OSŘ dovoluje uložit povinnosti odpovídající těm uvedeným v § 405 odst. 1 ZŘS. Obdobně by se postupovalo, pokud navrhovatel (který již zahájil řízení ve věci samé) v souvislosti s uplynutím uvedené šestiměsíční lhůty podá nový návrh; i zde v zájmu oběti domácího násilí je třeba provést posouzení též obvyklým standardem podle OSŘ, tj. bez nutnosti osvědčit „zvlášť závažné důvody“ ve smyslu § 752 věty druhé ObčZ, resp. vydání či předběžného opatření s obdobným obsahem.^{890, 891} Odpůrce přitom zůstává rovnocenně chráněn co do možnosti podat (opakovat) návrh za zrušení předběžného opatření (§ 414 ZŘS, resp. § 77 odst. 2 OSŘ).

Současné lze mít toto předběžné opatření i za dobrý příklad toho, kdy věcí samou, resp. hlavním řízením z důvodu zajištění *efektivní* ochrany může být i *řízení exekucí* (o vykonání rozhodnutí) a předběžné opatření bude lze vydat i v jeho průběhu. Např. není-li výkon rozhodnutí ukládajícího vyklizení či zdržení se vstupu do obydlí pro setrvání či „znovu nastěhování se“ (opětovně) nebezpečného agresora vyklizením (srov. § 340 OSŘ) nebo pokutami podle § 351 OSŘ dostatečně efektivní a rychlý a jsou-li splněny další předpoklady.

176

12.1.2 Příslušnost k nařízení předběžného opatření

K rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření je *příslušný* obecný soud *navrhovatele*. Půjde o soud okresní, příp. obvodní (§ 3 odst. 1 ZŘS), v jehož obvodu má navrhovatel bydliště, a nemá-li bydliště, okresní soud, v jehož obvodu se zdržuje. Zjevně není v § 400 ZŘS myšleno na variantu, že by návrh byl podáván již v zahájeném řízení ve věci samé, resp. v řadě případů bude předběžné a hlavní řízení vedeno u jiného soudu [např. půjde-li ve věci samé o ochranu osobnosti podle § 9 odst. 1 písm. a) OSŘ]. Jde tedy o odchylku od § 74 odst. 3 OSŘ, který jako zásadu stanoví příslušnost soudu, který je příslušný k řízení o věci (srov. marg. č. 121

⁸⁸⁹ Odlišně Svoboda, K., Tlásková, Š., Vlášil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 773: Pokud předběžné opatření zanikne v době, kdy je podán návrh na prodloužení jeho trvání, soud řízení zastaví, neboť odpadl důvod pro vedení řízení (§ 16 ZŘS).

⁸⁹⁰ Srov. např. k dřívější úpravě Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 457: Zjistí-li soud, že okolnosti případu vyžadují zatímni úpravu poměrů účastníků, avšak podmínky uvedené v § 76b odst. 1 OSŘ nejsou dány, nařídí případně předběžné opatření podle § 76 odst. 1 písm. f) OSŘ, budou-li k němu splněny všechny předpoklady.

⁸⁹¹ „Pokud se manžel chová vůči manželce, dětem či dalším příslušníkům domácnosti agresivně, je možno rozhodnout předběžným opatřením o tom, že je povinen zdržet se vstupu do rodinného domku, a to až do doby pravomocného rozhodnutí soudu ve věci samé“ (rozhodnutí OS Plzeň-město ze dne 9. 9. 2003, sp. zn. 20 C 220/2003, BA 2/2004 s. 81).

a násl.).

12.1.3 Účastníci řízení

Účastníky jsou navrhovatel a odpůrce, popřípadě osoba, vůči níž násilí směřuje.

177

Navrhovatelem je ten, pro nějž je *nesnesitelné* společné bydlení s odpůrcem (v domě nebo bytě, ve kterém se nachází společná domácnost) anebo ten, kdo je vystaven *nežádoucím* sledování nebo obtěžování. V případě domácího násilí mám za to, že navrhovatelem může být i ten, vůči němuž nesměruje tělesné nebo duševní násilí, byť by dokonce šlo o jednoho z manželů či manžele vůbec, pokud je pro něj (pro odpůřcovu násilí v rámci společného soužití) společné bydlení s odpůrcem nesnesitelné.⁸⁹² Odpůrcem je osoba označená v návrhu jako ten, od něhož násilí směřuje a jemuž má být předběžným opatřením uložena povinnost.

V § 403 ZŘS upravuje zvláštní – plnou – procesní způsobilost pro nezletilého staršího 16 let a omezení (postulační) způsobilosti jiného nezletilého,⁸⁹³ resp. osoby, jejíž svéprávnost byla ve věcech, o něž v řízení jde, omezena.⁸⁹⁴ Ke koliznímu opatrovníkovi srov. § 406 ZŘS.⁸⁹⁵

Do zahájeného řízení může vstoupit jako zvláštní procesní subjekt *státní zastupitelství*, resp. může dokonce podat návrh na zahájení řízení ve věci ochrany proti domácímu násilí (§ 8 ZŘS).

12.1.4 Návrh na nařízení předběžného opatření

Předběžné opatření ve věci ochrany proti domácímu násilí je možné vydat jen na *návrh*. Návrh je možné učinit i ústně do protokolu (§ 14 ZŘS).

178

Návrh na nařízení předběžného opatření musí obsahovat vyličení zvláštního *zajišťovacího důvodu* (tj. skutečností, že je společné bydlení navrhovatele a odpůrce v domě

⁸⁹² Obdobně Hrušáková, M., Králíčková, Z., Westphalová, L. a kol. Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655–975). Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 435; jiný názor Svoboda, K., Tlášková, Š., Vlácil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 758 [třetí osoba spolužijící s manžely (rozvedenými manžely), vůči níž domácí násilí nesměruje, pak nemůže podat návrh na ochranu před domácím násilím páchaným na jednom z manželů (rozvedených manželů)]; i v těchto případech může být pro „třetí osobu“ společné bydlení s odpůrcem nesnesitelné.

⁸⁹³ Jeho jménem podává návrh zákonný zástupce, orgán sociálně-právní ochrany dětí nebo advokát na základě plné moci, pokud má nezletilý pro udělení plné moci přiměřenou rozumovou a volní vyspělost.

⁸⁹⁴ Jejím jménem podává návrh opatrovník nebo obecní úřad obce s rozšířenou působností.

⁸⁹⁵ Byl-li podán návrh na nařízení předběžného opatření podle § 403 odst. 2 ZŘS a hrozí-li střet zájmů zákonného zástupce nebo opatrovníka se zájmem zastoupeného či může-li dojít ke střetnutí zájmů těch, kteří jsou zastoupeni týž zákonným zástupcem nebo opatrovníkem, jmenuje soud příslušný podle § 400 ZŘS neprodleně po rozhodnutí o návrhu na nařízení předběžného opatření navrhovateli opatrovníka. To neplatí, je-li navrhovatel zastoupen advokátem. Proti usnesení, kterým byl opatrovník jmenován, není odvolání přípustné.

nebo bytě, ve kterém se nachází společná domácnost, pro navrhovatele nesnesitelné z důvodu tělesného nebo duševního násilí vůči navrhovateli nebo jinému, kdo ve společné domácnosti žije, anebo vyličení skutečností, které osvědčují nežádoucí sledování nebo obtěžování navrhovatele); tím je konkretizována (nahrazena) část § 75 odst. 2 OSŘ, popisující základní (*obecnější*) dva důvody zajištění.⁸⁹⁶ Ze zákona (byť nepřesné formulace⁸⁹⁷) vyplývá, že se plně, tj. i ohledně zajišťovacího důvodu, prosadí *osvědčování* ve smyslu převažující pravděpodobnosti (srov. výše k OSŘ používanému termínu „prokáže“ a dále k pravidlům a prostředkům osvědčení). Z takto vyličených (osvědčených) skutečností bude plynout či bude dovoditelný i *konkrétní* zajišťovaný nárok, který zákon v případech „domácího násilí“ mlčky předpokládá. Osvědčování bude ovlivněno zásadou vyšetřovací, soud se tedy příp. nespokojí jen s důkazními návrhy nabídnutými navrhovatelem; obvyklými důkazy budou lékařské zprávy a úřední záznamy policie (§ 47 odst. 5 PolČR).

Oproti obecné úpravě (§ 75a i 43 OSŘ) stanoví ZŘS zvláštní postup. Neobsahuje-li návrh všechny *náležitosti* a pro tyto vady není možné o návrhu rozhodnout, soud vyzve navrhovatele vhodným způsobem *k doplnění* návrhu a poučí ho o důsledcích nevyhovění této výzvě. Nedojde-li soudu doplnění návrhu ve lhůtě pro rozhodnutí nebo není-li možné navrhovatele vhodným způsobem ve lhůtě pro rozhodnutí vyzvat k doplnění návrhu, soud návrh *odmítne*. S ohledem na krátkou lhůtu se předpokládá výzva v bezprostřední komunikaci (např. telefonicky nebo na místě samém) anebo rychlými telekomunikačními prostředky (např. fax nebo veřejná datová síť). Usnesení o odmítnutí návrhu se *doručí* pouze navrhovateli a musí být *odůvodněno*, zejm. s ohledem na to, aby byl navrhovatel schopen správně podat nový návrh, prostý nedostatků, které vedly k odmítnutí návrhu původního.

179

12.1.5 Jistota skládaná navrhovatelem

Složení jistoty k zajištění náhrady škody nebo jiné újmy, která by vznikla předběžným opatřením (§ 77a OSŘ), se ve věci ochrany proti domácímu násilí nevyžaduje (§ 12 odst. 3 ZŘS).

180

12.1.6 Nařízení předběžného opatření

O návrhu rozhodne soud *bezodkladně*, resp. v pořádkové lhůtě do 48 hodin od jeho podání. Zákon výslovně hovoří o rozhodování bez jednání; srov. však obecné výklady (viz marg. č. 59 a 71) a níže k prodlužování doby trvání předběžného opatření. Zrychlení rozhodování je upraveno i v rámci *odvolacího řízení*: Bylo-li rozhodnutí o návrhu na nařízení předběžného opatření napadeno včasným odvoláním, soud prvního stupně

181

⁸⁹⁶ „Vyličení skutečností o tom, že je třeba, aby byly zatímtně upraveny poměry účastníků, nebo že je tu obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen“.

⁸⁹⁷ „Vyličení skutečností, které osvědčují“.

předloží věc odvolacímu soudu do 15 dnů od podání odvolání. O odvolání odvolací soud rozhodne do sedmi dnů od předání věci.

Ve vyhovujícím rozhodnutí vedle volby prostředku zajištění (viz níže) soud poučí odpůrce o právu *odnést* si ze společného obydlí věci osobní potřeby (konkrétně uvedené v § 493 ZŘS⁸⁹⁸). Navrhovatele soud poučí o dalších vhodných opatřeních směřujících k jeho ochraně, zejména o *právu* podat návrh na zahájení řízení ve věci samé. Co do práva podat návrh jde o výjimku z § 12 odst. 2 ZŘS⁸⁹⁹ a § 76 odst. 3 OSŘ, kterou považují za skutečně podstatný znak, odlišující tato předběžná řízení a opatření. Soud navrhovatele poučí také o možnosti podat návrh na *prodloužení* doby trvání předběžného opatření (§ 410 ZŘS). Dále stanoví dobu *trvání* předběžného opatření (§ 408 ZŘS) a usnesení *odůvodní* (srov. marg. č. 141).

182

Již při nařízení předběžného opatření lze stanovit *výjimky* vyplývající z plnění povinností uložených předběžným opatřením odpůrci, a to s přihlédnutím k jeho oprávněným zájmům. Mohlo by jít např. o nutné setkání navrhovatele a odpůrce při předání společných dětí. Soud může výjimku z povinnosti uložené předběžným opatřením uložit i samostatným usnesením poté, co již bylo předběžné opatření vydáno (např. sezení v rámci mediací⁹⁰⁰).

183

12.1.7 Prostředky (způsoby) zajištění, resp. úpravy předběžným opatřením

Obdobně jako u předběžných opatření podle OSŘ je výčet způsobů zajištění v ZŘS příkladný. „Stříženo“ na případy domácího násilí zákon výslovně stanoví, že odpůrci lze *zejména* uložit, aby

184

- a) *opustil společné obydlí*, jakož i jeho bezprostřední *okolí*, nezdržoval se ve společném obydlí nebo do něj nevstupoval,
- b) *nevstupoval* do bezprostředního okolí společného obydlí nebo navrhovatele a *nezdržoval* se tam,
- c) *se zdržel setkávání* s navrhovatelem, nebo
- d) *se zdržel nežádoucího sledování a obtěžování* navrhovatele jakýmkoliv způsobem.

Pokud má odpůrce opustit společné obydlí nebo do něj nevstupovat, soud vymezí,

⁸⁹⁸ Bezprostředně při výkonu rozhodnutí si povinný může ze společného obydlí odnést své osobní cennosti a osobní dokumenty, jakož i věci, které slouží jeho osobní potřebě; během trvání předběžného opatření se pak povinnému umožní vyzvednout i věci nezbytné k výkonu jeho podnikatelské činnosti nebo výkonu povolání, případně věci nezbytné z jiného vážného důvodu.

⁸⁹⁹ V usnesení o nařízení předběžného opatření uloží soud navrhovateli, aby ve lhůtě, kterou mu určí, podal u soudu návrh na zahájení řízení; to neplatí, může-li být řízení ve věci zahájeno i bez návrhu (§ 12 odst. 2 ZŘS).

⁹⁰⁰ První setkání s mediátorem nelze nařídit po dobu platnosti předběžného opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí (§ 100 odst. 2 OSŘ).

o jaké obydli se jedná (adresa, popis), vymezi bezprostřední okolí, v němž se nemá odpůrce zdržovat (vzdálenost, vytyčením bodů). Povinností zdržet se setkávání s navrhovatelem se rozumí, že odpůrce jej nemá vyhledávat a jakkoliv kontaktovat. Soud ve výroku zpravidla obecně stanoví, že se má odpůrce zdržet setkávání s navrhovatelem. Může to však omezit pouze na určité lokality, např. místo zaměstnání navrhovatele či školu navrhovatele.⁹⁰¹

12.1.8 Vydání (vyhlášení) a doručení, vykonatelnost a výkon předběžného opatření

Přeběžné opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí je *vykonatelné* vydáním.

V některých případech je i obecné předběžné opatření vykonáváno před jeho doručení odpůrci a *ex officio* (srov. marg. č. 79 a násl.), i když to zcela neodpovídá *textu* právní úpravy (§ 76d věta druhá OSŘ);⁹⁰² nejde však zpravidla o předběžná opatření ukládající odpůrci, aby něco vykonal, neboť tato obvykle vyžadují stanovení pariční lhůty (k plnění).

185

Přeběžná opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí ukládající odpůrci, aby něco vykonal (opustil společné obydlí a jeho bezprostřední okolí), se vydávají bez „obvyklé“ lhůty k plnění (srov. marg. č. 152), výkon probíhá *ex officio*, bezodkladně a bez zvláštního usnesení o nařízení výkonu rozhodnutí (exekuce). Výkon opatření ukládajícího opuštění společného obydlí a jeho okolí (včetně zákazu vstupu a zdržování se tam) probíhá způsobem upraveným *speciálně* v § 492 a násl. ZŘS.

Výkon rozhodnutí se provede tak, že soud v součinnosti s příslušnými orgány veřejné moci vykáže povinného ze společného obydlí, odebere mu všechny klíče od společného obydlí, které povinný drží, a popřípadě mu zakáže setkávat se s označenou osobou nebo ji jinak kontaktovat. Soud zároveň poskytne povinnému příležitost, aby si bezprostředně při výkonu rozhodnutí vyzvedl ze společného obydlí své osobní věci a osobní dokumenty, jakož i věci, které slouží jeho osobní potřebě (§ 493 ZŘS).

Při provedení výkonu rozhodnutí soud povinného rovněž vyzve, aby soudu sdělil adresu, na kterou mu bude možné po dobu trvání rozhodnutí podle § 405 ZŘS doručovat písemnosti s tímto rozhodnutím související, nebo aby si zvolil zástupce pro doručování písemností, a upozorní ho, že písemnosti mu budou doručovány uložením u soudu podle jiného právního předpisu, pokud výzvě nevyhoví (§ 495 ZŘS).

Poruší-li povinný po provedení výkonu rozhodnutí podle ustanovení § 493 ZŘS povinnost nevstupovat do společného obydlí a nezdržovat se v něm, soud kdykoliv a bezodkladně na návrh oprávněného provede opětovný výkon rozhodnutí vykázaním povinného ze společného obydlí (§ 496 ZŘS).

⁹⁰¹ Svoboda, K., Tlásková, Š., Vlácil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 762.

⁹⁰² Odpovídá to však jejímu smyslu (zejm. nezmařit účel vydaného předběžného opatření).

Pro povinnost zdržet se budou (ve výše uvedených případech rovněž) přípustné obvyklé způsoby výkonu rozhodnutí ukládajícího povinnému splnění *jiné povinnosti* než zaplacení peněžitě částky.

Usnesení o vydání předběžného opatření se *doručuje* při jeho výkonu tam, kde jde o výkon rozhodnutí podle § 492 a násl. ZŘS. Tam, kde nedochází k bezprostřednímu výkonu rozhodnutí (tj. například rozhodnutí, jímž soud uložil, aby se odpůrce zdržel nežádoucího sledování), dojde k doručení dle § 76c odst. 2 OSŘ.⁹⁰³ Obdobně tomu bude tam, kde by provedení výkonu podle § 492 a násl. ZŘS nepřicházelo v úvahu, protože stav předpokládaný předběžným opatřením byl již nastolen (při vykazání policistou nebo dobrovolným vyklizení), a protože všechny uložené povinnosti byly splněny nebo jsou plněny.⁹⁰⁴

186

12.1.9 Zánik a zrušení předběžného opatření

Předběžné opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí *trvá* 1 měsíc od jeho vykonatelnosti. Předcházelo-li rozhodnutí o návrhu na předběžné opatření vykazání podle jiného právního předpisu a neuplynula-li před nabytím vykonatelnosti předběžného opatření lhůta stanovená v jiném právním předpise pro trvání vykazání, *prodlužuje* se doba trvání předběžného opatření o tu dobu, jež do vykonatelnosti předběžného opatření neuplynula. Jiným právním předpisem se míní § 44 a násl. PolČŘ, upravující oprávnění policisty vykazat „násilnou osobu“ ze společného obydlí (tj. bytu nebo domu společně obývaného s útokem ohroženou osobou). Vykazání trvá po dobu 10 dnů ode dne jeho provedení, aniž by 10denní lhůtu bylo možné zkrátit. Jistý překryv (resp. další prodloužení) doby vykazání (byť na podkladě vykazání policejního) může nastat tím, že podle PolČŘ podáním návrhu na vydání předběžného opatření podle ZŘS (v průběhu vykazání) se doba vykazání prodlužuje do dne nabytí *právní moci* rozhodnutí soudu o tomto návrhu.

187

Navrhovatel může před uplynutím doby 1 měsíce od vykonatelnosti předběžného opatření podat návrh na *prodloužení* doby jeho trvání. Podáním návrhu se prodlužuje doba trvání předběžného opatření do doby, než soud o návrhu na prodloužení rozhodne. O návrhu na prodloužení doby trvání soud rozhodne do dvou měsíců od jeho podání (§ 412 odst. 1 ZŘS). Soud může prodloužit dobu trvání předběžného opatření jen na dobu nezbytně nutnou (§ 412 odst. 2 ZŘS), např. tak, aby navrhovatel ve srovnatelných podmínkách již bydlel jinde, je-li natolik převažující zájem vykazované osoby k „společnému“ obydlí. Již dříve jsem odůvodnil názor, že pokud je zahájeno řízení ve věci samé, lze v něm žádat opatření (způsoby zajištění) příkladmo vyjmenované v § 405 ZŘS do doby skončení předběžného řízení podle § 77 OSŘ, zejm. pokud práva k společnému bydlení jsou rovnocenná (např. je byt ve společném jmění manželů) a trvá stav uvedený v § 402 ZŘS („nesnesitelnost

⁹⁰³ Svoboda, K., Tlásková, Š., Vlácil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 766.

⁹⁰⁴ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 457.

společného bydlení“).

K rozhodnutí o návrhu na *prodloužení* doby trvání předběžného opatření soud zpravidla nařídí *jednání*.⁹⁰⁵ Tato úprava – neboť jsou bezesporu dotčena „civil rights“ ve smyslu judikatury ESLP (srov. marg. č. 69 a násl.) – je konformní s požadavky na spravedlivý proces. To oproti obecné úpravě OSŘ, včetně „prováděcí praxe soudů“, které ve věcech předběžných opatření „jednají od stolu“ (srov. marg. č. 128 a 137).

188

Při rozhodování o návrhu soud vezme v *úvahu* zejména trvání stavu ohrožení navrhovatele, majetkové či jiné poměry účastníků, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí, na které se vztahuje předběžné opatření, a další rozhodné okolnosti včetně dalších probíhajících řízení mezi účastníky. Soud přezkoumává trvání zejm. zajišťovacího důvodu, přičemž (oproti fázi nařízení) přistupuje v rozšířeném rozsahu k *vyvažování zájmů* stran, když v úvahu je třeba vzít mj. vlastnické, resp. jiné vztahy ke společnému obydlí a další rozhodné okolnosti (např. nutnost oběti setrvávat v obydlí). Pokud navrhovatel neprokáže své majetkové či jiné poměry, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí, může soud prodloužit dobu trvání předběžného opatření jen z důvodů zvláštního zřetele hodných (např. s ohledem na bydlení dětí či zdravotní důvody spojené s jistou odkázaností na společné obydlí). Jde o to, že v předpokládaném řízení ve věci samé, pokud jde o společné obydlí (nikoli např. rozvod manželství), může být vyhlídka navrhovatele na úspěch mizivá, resp. neosvědčená (např. nebude mít právo vyklidit odpůrce), tedy by neměl být pomoci prozatímní úpravy neúměrně dlouho udržován stav, který se s převažující pravděpodobností bude rozcházet se stavem konečným. Tím však nemá být popřena skutečnost, že soud může nejen nařídit, ale též prodloužit vykázaní osoby, která je výlučným vlastníkem nemovitosti či má jiné výlučné právo k ní (viz výše k zákonem preferovaným chráněným hodnotám).

189

Předběžné opatření zanikne nejpozději uplynutím šesti měsíců od své vykonatelnosti (§ 413 ZŘS). Mám za to, že smyslem tohoto ustanovení je předejít řetězení předběžných opatření, která by navrhovatele nenutila podat návrh na zahájení řízení ve věci samé (viz výše k podpůrnému posuzování podle obecné úpravy v OSŘ). Nový návrh však vyloučen není, zejm. propukne-li znovu násilí, které v mezidobí ustalo.

190

Na návrh může soud rozhodnout o *zrušení* předběžného opatření (§ 414 ZŘS); jde o obdobu § 77 odst. 2 OSŘ, ovšem zde s výslovným ustanovením o nutnosti zásadně konat *jednání* a s minoritní názor podporující podmínkou zahájení „řízení“ jen na *návrh* (viz marg. č. 164). Aktivně legitimovaný k podání návrhu na zrušení předběžného opatření je vedle odpůrce navrhovatel, popř. osoba, vůči níž násilí směřovalo, dále i státní zastupitelství, pokud do řízení vstoupilo.⁹⁰⁶ ZŘS i zde klade důraz na lhůty: O návrhu na zrušení předběžného opatření soud rozhodne do dvou měsíců od jeho podání. Byl-li návrh na zrušení rozhodnutí zamítnut, lze jej opětovně podat

191

⁹⁰⁵ Předvolání k jednání musí být účastníkům doručeno nejméně 3 dny předem. Je-li jednání nařízeno, ustanovení o času k přípravě po předvolání účastníka k jednání se nepoužijí.

⁹⁰⁶ Svoboda, K., Tlášková, Š., Vlášil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 774.

nejdříve až po uplynutí tří měsíců od právní moci zamítavého rozhodnutí. Oprávněné zájmy odpůrce může být i v této fázi vhodné zohlednit stanovením výjimky z plnění povinností uložených předběžným opatřením (§ 405 odst. 3 ZŘS).

12.1.10 Náhrada škody a jiné újmy

Náhrada škody a jiné újmy není v ZŘS zvláště upravena. Použijí se obecné předpisy § 77a OSŘ (viz marg. č. 165 a násl.).

12.2 Předběžná opatření upravující poměry dítěte

Existence tohoto předběžného opatření je právně-historicky podmíněna čl. 32 odst. 4 LPS, který stanoví, že práva rodičů mohou být omezena a nezletilé děti mohou být od rodičů odloučeny proti jejich vůli *jen* rozhodnutím soudu na základě zákona. Na základě aplikace uvedeného článku ÚS shledal protiústavními zákonná ustanovení, která připouštěla, aby správní *úřad* učinil (byť v naléhavých případech) předběžně takové opatření (*in casu* umístění dítěte do ústavní péče), o kterém má jinak rozhodnout pouze soud.⁹⁰⁷ To následně vedlo k přijetí odpovídající procesní úpravy zejm. v § 76a OSŘ (ve znění účinném do 31. 12. 2013), která je nyní po dílčích změnách obsažena v § 452 a násl. ZŘS (část „nalézací“) a § 492 a násl. ZŘS (část „výkonu rozhodnutí“).

192

Uvedený historický exkurz vysvětluje, proč je aktivní legitimace k podání návrhu „v rukou“ orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Tím však nesmí být zastřeno, že vydání předběžného opatření k návrhu budoucího účastníka či *ex offio*⁹⁰⁸ je v *meritorních* věcech „péče o nezletilé dítě“, „styku s nezletilým dítětem“, „předání nezletilého dítěte“, „ústavní výchovy“ a jiných věcech péče soudu o nezletilé⁹⁰⁹ možné již za podmínek § 74 a 102 OSŘ, je-li dán zajišťovací důvod tam uvedený, zejm. je-li třeba, aby byly zatímne upraveny poměry účastníků. Jedním ze způsobů zajištění (úpravy) v tomto směru i nadále zůstává možnost „odevzdat dítě do péče druhého z rodičů nebo do péče toho, koho označí soud“ (srov. § 76 odst. 1 OSŘ ve znění účinném k 31. 12. 2013).

Dále z podané geneze úpravy „zvláštního“ předběžného opatření plyne, že je směřováno na ty nejakutnější případy, a tedy se bude se vši pravidelností snoubit jeho nařízení s neprodleným výkonem, jehož zvláštní režim je plně opodstatněný (srov. § 492 a násl. ZŘS).

193

Po zahájení řízení ve věci samé musejí soudy postupovat tak, aby řízení mohlo být co

⁹⁰⁷ Nález ÚS ze dne 28. 3. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 20/94 (72/1995 Sb.) – byť to úřad soudu neprodleně oznámí, přičemž soud by rozhodl dodatečně.

⁹⁰⁸ Srov. § 12 ZŘS.

⁹⁰⁹ Srov. § 466 ZŘS.

nejdříve, zpravidla v řádu měsíců, ukončeno meritorním rozhodnutím.⁹¹⁰

Předběžné opatření má svůj základ již v § 924 ObčZ.⁹¹¹ Uvedené ustanovení – adresované soudu – považují svou povahou za procesněprávní, byť je obsaženo v hmotněprávním kodexu (k hmotněprávním zajišťovaným právům viz níže).

12.2.1 Zajišťovací důvod a zajišťovaný nárok

Zajišťovacím důvodem těchto předběžných opatření je

194

- *stav nedostatku řádné péče*, ve kterém se ocitne nezletilé dítě, anebo
- *vážné ohrožení či narušení života dítěte, jeho normálního vývoje nebo jiného důležitého zájmu*.

Zákonodárce výslovně ve vztahu ke stavu nedostatku řádné péče stanoví, že tento stav se posuzuje *bez ohledu* na to, zda tu je či není osoba, která má právo o dítě pečovat. Jde o zákonodárcem předurčenou úvahu v rámci zjišťování zajišťovacího důvodu a „odvažování a vyvažování“ zájmů účastníků (viz marg. č. 112); úvaha se uplatní i v případě druhého zajišťovacího důvodu.

195

Naplnění zajišťovacího důvodu (zejm. co do intenzity ohrožení) bude nutné pečlivě zvažovat i s ohledem na „konkurující“ ústavně zaručená práva (soukromý a rodinný život atp.).⁹¹² Odnětí dítěte z péče rodičů – ať už k němu dojde na základě meritorního rozhodnutí, či provizorně na základě předběžného opatření soudu – představuje zcela zásadní zásah do práva jak rodičů, tak dítěte na rodinný život a jako takové musí být vždy považováno za *krajní* řešení nedostatečné péče rodičů o dítě.⁹¹³

Typicky bude zajišťovací důvod dán tam, kde dítě ztratí rodiče v důsledku dopravní nehody, dítě je nalezeno opuštěné, péče „rodičů narkomanů“ je nedostačující (byť není zcela vymizelá) a dítěti hrozí vážná újma, rodič spoléhá na uzdravení se na životě či zdraví ohroženého dítěte magickými silami, rodič „poustevník“ odmítá vzdělávání a socializaci dítěte, součástí jinak poskytované péče o dítě je jeho „posílání“ k prostituci atp.

196

Zajišťované nároky v rámci upravovaného poměru vyplývají např. z § 81 a násl. (ochrana osobnosti, života a důstojnosti člověka, jeho zdraví, dále duševní a tělesná integrita), § 855 a násl. ObčZ (morální a hmotný prospěch dítěte, jeho zdraví, tělesný,

197

⁹¹⁰ Nález ÚS ze dne 12. 5. 2015, sp. zn. I. ÚS 2903/14.

⁹¹¹ Ocitne-li se dítě ve stavu nedostatku řádné péče bez ohledu na to, zda tu je či není osoba, která má právo o ně pečovat, anebo je-li život dítěte, jeho normální vývoj nebo jeho jiný důležitý zájem vážně ohrožen nebo byl-li narušen, soud upraví předběžně poměry dítěte na nezbytně nutnou dobu; rozhodnutí soudu nepřekáží, pokud dítě není řádně zastoupeno.

⁹¹² Srov. k dřívějšímu § 76a OSŘ nález ÚS ze dne 20. 7. 2010, sp. zn. IV. ÚS 2244/09: Vazba mezi matkou a dítětem je jedním z prvořadých předpokladů vývoje lidského jedince. Porušení této nejpřirozenější lidské vazby je zákonem umožněno pouze v případě absolutní absence péče či její naprosté nedostatečnosti a pouze tehdy, je-li dítě ohroženo bezprostředně (takový postup je třeba považovat za *ultima ratio*). Při rozhodování o předběžném opatření dle § 76a odst. 1 OSŘ je zájem dítěte *nejvyšším imperativem*.

⁹¹³ Nález ÚS ze dne 12. 5. 2015, sp. zn. I. ÚS 2903/14.

citový, rozumový a mravní vývoj, jeho ochrana a zajišťování jeho výchovy a vzdělání) a dalších svou povahou hmotněprávních ustanovení právního řádu, chránících základní zájmy dítěte.

Se vši pravidelností bude na soudu, aby na podkladě skutečností tvrzených orgánem sociálně-právní ochrany dětí, resp. vydaného předběžného opatření *ex offio* zahájil *meritorní řízení* ve věci péče soudu o nezletilé (§ 12 a 466 ZŘS), pokud tedy již návrh v tomto směru nebyl podán.

12.2.2 Příslušnost k nařízení předběžného opatření

K rozhodnutí o návrhu na vydání předběžné opatření je *příslušný* obecný – okresní – soud *navrhovatele*, tj. orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Jde o obecní úřad obce s rozšířenou působností, který je povinen podat soudu neprodleně návrh na vydání předběžného opatření, zjistí-li, že je dán zajišťovací důvod (§ 16 ZSPO). Místní příslušnost uvedeného úřadu je dána místem, kde se dítě nachází (§ 61 odst. 3 ZSPO). Jinými slovy bude místně příslušným okresní soud, v jehož obvodu se *dítě nachází* (soud, v jehož obvodu se nachází daná obec). Tento soud bude – v první fázi – příslušný i k výkonu předběžného opatření (které nařídil).⁹¹⁴

198

Zákon počítá s tím, že v řadě případů bude předběžné a hlavní řízení vedeno u jiného soudu (§ 453 odst. 2 ZŘS). Je-li předběžné opatření nařízeno a proveden výkon, věc soud předá neprodleně obecnému soudu nezletilého dítěte (tj. soudu příslušnému podle § 467 ZŘS), čímž se předběžné a budoucí hlavní řízení koncentruje u soudu, který je příslušný k řízení ve věci samé.⁹¹⁵ Byla-li „věc“ již předána soudu příslušnému pro hlavní řízení, je tento soud příslušný i k dalšímu výkonu předběžného opatření (§ 498 ZŘS). Má-li tento soud za to, že není obecným soudem nezletilého dítěte, předloží věc k rozhodnutí o příslušnosti svému nadřízenému soudu, který o příslušnosti závazně rozhodne (§ 453 odst. 2 ZŘS). V této fázi „boje o místní příslušnost“ může být *nutný okamžitý zásah*, k jehož provedení by byl případně příslušný soud, v jehož obvodu se nezletilý zdržuje.⁹¹⁶

199

12.2.3 Účastníci řízení

Účastníky řízení jsou kromě navrhovatele (orgánu sociálně-právní ochrany dětí) ti, o jejichž právech a povinnostech má být v řízení jednáno (§ 6 odst. 1 ZŘS).

200

Jistě bude jednáno o právech a povinnostech *nezletilého* jakožto účastníka, jehož zájmy jsou prvořadě. V první „rychlé“ fázi není nutné, aby byl nezletilý *zastoupen*.

⁹¹⁴ Srov. § 498 ZŘS.

⁹¹⁵ Obecným soudem nezletilého dítěte je soud, v jehož obvodu má nezletilý na základě dohody rodičů nebo rozhodnutí soudu, popřípadě jiných rozhodujících skutečností, své bydliště (§ 4 odst. 2 ZŘS).

⁹¹⁶ Srov. § 467 odst. 2 ZŘS: „*Není-li příslušný soud znám nebo nemůže-li včas zakročit, zakročí soud, v jehož obvodu se nezletilý zdržuje.*“

Bezodkladně *po předání* věci obecnému soudu nezletilého dítěte, resp. jakmile je to možné (zejm. nedochází-li k postoupení jinému soudu), jmenuje tento soud dítěti opatrovníka, nemůže-li dítě zastupovat jeho zákonný zástupce. Opatrovníkem soud *jmenuje* zpravidla orgán sociálně-právní ochrany dětí. ZŘS předpokládal kolizi zájmů, byl-li jmenován opatrovníkem nezletilého orgán sociálně-právní ochrany dětí, který podal návrh na předběžné opatření.⁹¹⁷ Soud by v takovém případě měl (resp. musí) na *návrh* jmenovat opatrovníka jiného; začasté jím nutně bude jiný orgán sociálně-právní ochrany dětí, který s věcí nebude seznámen a nebude působit v místě, kde se zdržuje dítě (což vyvolává pochybnost o vhodnosti právní úpravy⁹¹⁸).

Jen vyjasňující funkci má paralelní § 499 ZŘS, který pro *fázi výkonu* předběžného ustanovení opakuje, že nezletilý nemusí být zastoupen, resp. případně opatrovníka po provedení výkonu jmenuje soud rozhodující (příslušný) ve věci hlavní.

12.2.4 Návrh na nařízení předběžného opatření

Speciálně upravené předběžné opatření může soud nařídit jen na *návrh* orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Návrh podaný někým jiným se bude posuzovat podle svého obsahu (např. jako návrh na vydání obecného předběžného opatření, jako podnět k zahájení předběžného či hlavního řízení *ex offio* anebo příp. jako návrh na vydání předběžného opatření ve věci domácího násilí).

201

Návrh na předběžné opatření musí obsahovat kromě obecných náležitostí návrhu na zahájení řízení (srov. § 75 odst. 2 OSŘ⁹¹⁹) jméno nezletilého, jména, povolání a bydliště ostatních účastníků, jsou-li navrhovatelé známa, vyličení rozhodujících skutečností odůvodňujících nařízení předběžného opatření, označení osoby, které má být dítě předáno do péče. Jde o požadavek identifikace účastníků, který však nesmí být přepínán, neboť dokonce ani pravé jméno nezletilého nemusí být navrhovatelé známo, dále zajišťovací důvod (mj. skutečná potřebnost úpravy) a imanentní zajišťovaný nárok, jakož i vhodné prostředí, kam má být dítě umístěno. Případně je třeba vyličit skutečnosti, pro které má být dítě svěřeno do pěstounské péče na přechodnou dobu, po kterou rodič nemůže dítě ze závažných důvodů vychovávat, nebo po jejímž uplynutí lze dítě svěřit do péče před osvojením, dát souhlas rodiče s osvojením či rozhodnout o tom, že není třeba souhlasu rodiče k osvojení (§ 452 odst. 2 ZŘS).

Uplatní ze zásada vyšetřovací a osvědčování. Navíc řízení hlavní i předběžné bude možné zahájit i bez návrhu (§ 12 ZŘS), mj. s ohledem na to, že zvláštní ochrana dětí a mladistvých je ústavněprávně zaručena (čl. 32 LPS). Proto se nelze spokojit

202

⁹¹⁷ Viz důvodovou zprávu k ZŘS. Není však zjevné, mezi kým a v čem by kolize měla spočívat, zvláště když návrh byl důvodný a soud mu vyhověl.

⁹¹⁸ Zákonodárce zřejmě zamýšlel postihnout situaci, kdy podal návrh na nařízení předběžného opatření orgán sociálně-právní ochrany dětí příslušný dle místa, kde se dítě v době podání návrhu nacházelo, ale v řízení ve věci samé již je příslušný jiný orgán sociálně-právní ochrany dětí (dle bydliště dítěte); pak dává smysl jmenovat opatrovníkem orgán sociálně-právní ochrany dětí příslušný dle bydliště. Takto však svou vůli zákonodárce (k neprospěchu věci) nevyjádřil.

⁹¹⁹ Dle mého názoru nejde o odkaz pouze na § 42 odst. 4 OSŘ.

s formálním postupem soudu, kdy by „strohý“ text zákona vyvolával dojem, že imperfektní návrhy budou bez dalšího *odmítány*.⁹²⁰ Soud bude muset být iniciativní a hledat cestu, jak ohroženému dítěti nejlépe poskytnout ochranu, např. operativním vyjasněním situace (návrhu) s navrhovatelem (v 24hodinové lhůtě) nebo vydáním předběžného opatření podle OSŘ. Bude muset jít o skutečně zásadní vady podání⁹²¹ či základní nedostatky,⁹²² má-li být návrh na nařízení předběžného opatření dle § 452 ZŘS odmítnut; nelze však říci, že tím je věc pro soud skončena, má-li poznatky o dítěti v nouzi.⁹²³ Za praktické (rychlé) řešení považují případnou nápravu vady „vytknuté“ soudem prvního stupně a využití možnosti autoremedury (§ 464 ZŘS).

Usnesení o odmítnutí návrhu musí být *odůvodněno*, zejm. s ohledem na to, aby byl navrhovatel schopen správně podat nový návrh, prostý nedostatků, které vedly k odmítnutí návrhu původního.

12.2.5 Jistota skládaná navrhovatelem

Složení jistoty k zajištění náhrady škody nebo jiné újmy, která by vznikla předběžným opatřením (§ 77a OSŘ), se ve věci předběžného opatření upravujícího poměry dítěte nevyžaduje. Ustanovení § 12 odst. 3 ZŘS to zřejmě opomenutím jmenovitě pro toto předběžné řízení nestanoví, avšak řízení ve věci samé lze zahájit *ex offio*.

203

12.2.6 Nařízení předběžného opatření

O návrhu na předběžné opatření soud rozhodne *bezodkladně*, nejpozději v pořádkové lhůtě do 24 hodin od jeho podání (§ 456 ZŘS); srov. výše k vzniku právní úpravy (dříve se předpokládalo, že zásah soudu by nebyl dostatečně rychlý). K dodržení lhůty je nutno zabezpečit *dosažitelnost* soudce (např. § 116a JŘSoud).

204

Jak bylo uvedeno již dříve, *formální* lhůty nelze považovat za hodnotu stojící nad ostatními (zejm. pokud jde o život a zdraví dítěte), proto pokud soud bude jednat aktivně a rychle ku prospěchu (potenciálně) ohroženého dítěte (např. za účelem „vyjasnění“ návrhu), aniž by ohrozil účel předběžného opatření, jen obtížně bude lze dovodit jeho „prohřešek“ pro nezachování lhůty (jejímž účelem je zabránit nečinnosti a liknavosti).

205

⁹²⁰ § 454 odst. 2 věta druhá a třetí ZŘS: Neobsahuje-li návrh všechny náležitosti a pro tyto vady není možné o návrhu rozhodnout ve lhůtě k tomu stanovené, soud návrh *odmítne*. Ustanovení o opravení nebo doplnění podání, které neobsahuje všechny stanovené náležitosti nebo které je nesrozumitelné nebo neurčité, se *neapoužije*.

⁹²¹ Tak Svoboda, K., Tlášková, Š., Vlášil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 909.

⁹²² Tak Jirsa, J. a kol. Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha III. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Praha : Wolters Kluwer, 2015, s. 931.

⁹²³ K příliš formalistickému výkladu srov. Lavický, P. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Zákon o veřejných rejstřících. Praktický komentář. Praha : Wolters Kluwer, 2015, § 454 bod 5.

Nelze zcela vylučovat ani *slyšení* účastníka,⁹²⁴ zejm. již „staršího“ nezletilého dítěte, je-li dosažitelné a nehrozí zmaření účelu předběžného opatření (srov. výhrady k § 75c odst. 3 OSŘ výše, např. marg. č. 128).

206

Zrychlení rozhodování je upraveno i v rámci *odvolacího řízení*: Zejména je výslovně připuštěna *autoremedura* (usnesení o předběžné úpravě poměrů dítěte může k odvolání změnit přímo soud prvního stupně, pokud odvolání v celém rozsahu vyhoví⁹²⁵). Bylo-li rozhodnutí o návrhu na nařízení předběžného opatření napadeno včasným odvoláním a nerozhodl-li soud prvního stupně autoremedurně, předloží věc odvolacímu soudu do 15 dnů od podání odvolání. O odvolání odvolací soud rozhodne do sedmi dnů od předložení věci (§ 465 ZŘS). Nepanuje jednota názorů na možnosti uplatnění *nových skutečností a důkazů* v odvolacím řízení.⁹²⁶ Mám za to, že se uplatní řešení, které uvádím pro obecná předběžná opatření (srov. marg. č. 100).

207

12.2.7 Prostředky (způsoby) zajištění, resp. úpravy předběžným opatřením

Soud předběžným opatřením upraví poměry dítěte na nezbytně nutnou dobu tak, že nařídí, aby dítě bylo *umístěno ve vhodném prostředí*, které v usnesení označí.

208

Vhodným prostředím se rozumí výchovné prostředí u osoby nebo zařízení způsobilého zajistit nezletilému řádnou péči s ohledem na jeho fyzický a duševní stav, jakož i rozumovou vyspělost a umožnit realizaci případných jiných opatření stanovených předběžným opatřením. Předběžným opatřením lze *svěřit dítě i do pěstounské péče* na přechodnou dobu, po kterou rodič nemůže dítě ze závažných důvodů vychovávat, nebo po jejímž uplynutí lze dítě svěřit do péče před osvojením, dát souhlas rodiče s osvojením či rozhodnout o tom, že není třeba souhlasu rodiče k osvojení (§ 452 odst. 2 ZŘS).

Vhodným bude takové prostředí, které ve smyslu zásady *minimalizace zásahů* do práv dítěte (jeho rodičů atp.) bude u dítěti známé fyzické osoby (např. prarodiče či zletilého sourozence způsobilého zajistit péči), oproti péči v institucionálním zařízení (ústavu).

Při rozhodování o předběžném opatření upravujícím poměry dítěte by předseda senátu měl mít k dispozici sdělení ministerstva o *seznamu* doporučených vhodných prostředí pro umístění dětí, které se ocitly ve stavu nedostatku řádné péče, nebo jejichž život či normální vývoj nebo jiný důležitý zájem jsou vážně ohroženy nebo narušeny (§ 37a

⁹²⁴ Shodně *Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha III. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Praha : Wolters Kluwer, 2015, s. 933; odlišně *Svoboda, K., Tlásková, Š., Vlácil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol.* Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 911.

⁹²⁵ § 464 ZŘS.

⁹²⁶ Jirsa nepřipouští jiné důkazy a skutečnosti než ty, k nimž přihlížel soud prvního stupně (*Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha III. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Praha : Wolters Kluwer, 2015, s. 931); *Svoboda, K., Tlásková, Š., Vlácil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol.* Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 947, vyvozují z vyšetřovací zásady princip úplné apelace.

Kancř).

ZŘS výslovně předvídaný prostředek úpravy (umístěním ve vhodném prostředí) není přes znění § 452 ZŘS vylučným, ale naopak *příkladem* způsobem úpravy poměrů dítěte (srov. § 76 OSŘ a § 924 ObčZ).

12.2.8 Vydání (vyhlášení) a doručení, vykonatelnost a výkon předběžného opatření

Předběžné opatření upravující poměry dítěte je *vykonatelné vydáním* (nikoli např. doručením či po právní moci). Jeho výrok je *závažný* pro každého (§ 457 ZŘS). Tato ustanovení vylučují pochybnosti, pokud jde o možnost zahájení výkonu rozhodnutí, který bude prováděn bezodkladně, jakož i nemožnost třetích osob bránit (se) výkonu rozhodnutí (srov. § 497 až 499 ZŘS); tím však není vyloučeno účastenství „třetích osob“, vyjde-li při výkonu rozhodnutí najevo, že i o jejich právech a povinnostech má být v řízení jednáno.

209

Nařízené předběžné opatření (jeho vyhotovení) se doručuje účastníkům až při provedení jeho výkonu (a to i s návrhem na předběžné opatření). Účastníkům, kteří nebyli při provedení výkonu přítomni, rozhodnutí doručí dodečně soud příslušný rozhodnout ve věci samé,⁹²⁷ spolu s vyzněním, že byl proveden jeho výkon (§ 458 ZŘS). Doručit je třeba i třetím osobám ve smyslu § 76 odst. 2 OSŘ (např. ústavu, kam je dítě předáno).

Není vyloučeno, že k vyhlášení usnesení o předběžném opatření dojde na místě samém (§ 76c odst. 1 OSŘ), bude následovat výkon tohoto rozhodnutí (§ 497 až 499 ZŘS), o čemž se pořídí záznam nebo protokol (§ 40 OSŘ), a k doručení písemného vyhotovení usnesení bude následovat bezodkladně poté.

Nařídil-li soud předběžným opatřením, aby nezletilé dítě bylo předáno do vhodného prostředí, zajistí *ex offio* současně jeho *bezodkladný výkon* (§ 497 ZŘS); jde o výjimku (předběžným opatřením nikoli neznámou), kdy výkon rozhodnutí je prováděn bez zvláštního návrhu na zahájení exekuce a povinnému se nestanoví žádná lhůta k vykonání povinnosti předat nezletilé, nedochází k zvláštní předchozí výzvě (srov. oproti tomu § 501 ZŘS) ani ukládání pokut za účelem realizace předběžného opatření (srov. oproti tomu § 502 ZŘS). K výkonu rozhodnutí srov. též § 128 Kancř (bezodkladnost a organizační zajištění dosažitelnosti soudce a vykonavatele).

Výkon rozhodnutí se provede tak, že soud v součinnosti s příslušnými orgány veřejné moci nezletilé dítě *předá* do vhodného prostředí, včetně pěstounské péče; jestliže je dítě u jiné osoby nebo v zařízení, bude jim za účelem umístění do vhodného prostředí *odňato*. Při výkonu rozhodnutí je třeba postupovat *citlivě* s ohledem na dítě tak, aby nedošlo k nepřijatelnému zásahu do jeho psychického a citového vývoje nebo jinému

⁹²⁷ Svoboda, K., Tlášková, Š., Vláščil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 913.

neodůvodněnému zásahu do jeho práv. S ohledem na věk a rozumové schopnosti je dítě *informováno* o důvodech a všech krocích spojených s výkonem rozhodnutí. Zejména se mu s přihlédnutím k jeho rozumovým schopnostem a citovým vazbám *vysvětlí* důvody, které vedly k tomuto výkonu, kam bude převezeno, případně se mu zodpoví otázky, které v této souvislosti položí.

Soud při výkonu postupuje v *součinnosti* s dalšími orgány veřejné moci, zejména orgánem sociálně-právní ochrany dětí (§ 14 odst. 7 ZSPO) a orgány Policie ČR (§ 21 PolČR).

12.2.9 Zánik a zrušení předběžného opatření

Předběžné opatření upravující poměry dítěte *trvá* po dobu 1 měsíce od své vykonatelnosti (vydání). V této době bude zpravidla zahájeno řízení *ve věci samé*, avšak není vyloučen případ, že se „věc“ vyřeší bez nutnosti další soudní ingerence a nebude důvod (zájem), aby obecný soud nezletilého dítěte meritorně zasahoval (srov. § 460 ZŘS), např. se po nehodě hospitalizovaní rodiče rychle uzdraví a péči mohou znovu zajistit. Bylo-li před zánikem předběžného opatření uplynutím 1měsíční lhůty zahájeno řízení *ve věci samé*, může soud *ex offio* předběžné opatření na dobu nejvýše 1 měsíce opakovaně *prodloužit* tak, aby celková doba trvání předběžného opatření nepřesáhla 6 měsíců od jeho vykonatelnosti. Poté lze dobu trvání předběžného opatření výjimečně prodloužit jen tehdy, nebylo-li z vážných důvodů a objektivních příčin možné v této době skončit důkazní řízení *ve věci samé*. Legislativce stanovením krátkých lhůt „nutí“ soudy k rychlému rozhodnutí trvalého charakteru (*ve věci samé*), avšak musí připustit, resp. zde výslovně počítat s prodloužením trvání předběžného po dobu meritorního rozhodování (za uvedených podmínek „nemožnosti“ skončit důkazní řízení), tj. podobně jako u obecného předběžného opatření. Vždy je nutné sledovat zájem dítěte (včetně vhodnosti prostředí), měnící se poměry (včetně trvání zajišťovacího důvodu) a na ně reagovat zrušením či změnou předběžného opatření, a to prakticky po dobu, dokud nelze postupovat podle rozhodnutí *ve věci samé*.⁹²⁸

Zákon stanoví odlišnou délku trvání předběžného opatření, kterým se dítě svěřuje do *pěstounské péče* na přechodnou dobu. Ta činí tři měsíce od vykonatelnosti usnesení o nařízení předběžného opatření. V průběhu trvání předběžného opatření bude často zahájeno řízení *ve věci samé*. Pak trvá předběžné opatření do doby, než se stane vykonatelným rozhodnutí, kterým se toto řízení končí, nebo rozhodnutí, kterým bylo předběžné opatření zrušeno.⁹²⁹

⁹²⁸ Uvedené bude třeba zohlednit i v případě mezinárodního prvku (pravomoci zahraničního soudu *ve věci samé*), kdy legislativce na jednu stranu neomezuje primární trvání předběžného opatření 1měsíční lhůtou, na stranu druhou však předpokládá, že celková doba trvání předběžného opatření nesmí překročit 6 měsíců (§ 461 ZŘS).

⁹²⁹ Svoboda, K., Tlásková, Š., Vlášil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. I. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 914.

Za spletitou a nevhodnou (možnost nechtěného zániku předběžného opatření *ex lege*) lze považovat úpravu soudní příslušnosti pro případ sporů o *příslušnost*, když do rozhodnutí nadřízeného soudu o příslušnosti (vyvolaného z podnětu soudu, kterému byla věc předána) má o prodloužení doby trvání předběžného opatření rozhodnout soud, který je nařídil a po výkonu věc předal.⁹³⁰ Uvedené se *přiměřeně* použije i co do příslušnosti soudu, který má rozhodnout o návrhu na zrušení předběžného opatření (viz § 462 odst. 2 ZŘS).

Rodiče nezletilého, orgán sociálně-právní ochrany dětí a opatrovník podle § 455 ZŘS mohou kdykoli soudu navrhnout *zrušení* předběžného opatření (§ 462 odst. 1 ZŘS). Toto ustanovení je třeba vztáhnout na jakéhokoli dalšího případného účastníka.⁹³¹ Legitimaci k podání návrhu bude v některých případech obtížné odepřít i nezletilému dítěti (srov. čl. 12 a 16 ÚPrDt i § 403 odst. 3 ZŘS). Soud však může rozhodnout i *ex offio*. Žádat lze nejen zrušení, ale též *změnu* předběžného opatření. O návrhu musí soud rozhodnout *bezodkladně*, nejpozději do sedmi dnů. Byl-li návrh zamítnut, může jej oprávněná osoba, neuvede-li v něm jiné důvody, *opakovat* až po uplynutí 14 dnů od právní moci rozhodnutí. Oproti jiným předběžným opatřením zde lze důvody, které již soud posuzoval, opakovat; lze mít za to, že právě ve spojení s plynutím času mohou stejné důvody nabývat odlišné kvality (opodstatněnost trvání předběžného opatření v nezměněné podobě je tak možno periodicky revidovat).

Zásadám spravedlivého procesu by se přičil postup, který by zejm. při dlouhodobějším trvání předběžného opatření (provázeného prodlužováním a návrhy na zrušení předběžného opatření) byl poznamenán absencí *jednání*, příp. jiného soudního roku (srov. např. marg. č. 137).

⁹³⁰ Srov. „spletenec“ ustanovení § 453 a § 460 odst. 2 ZŘS. Nadto k výkonu rozhodnutí podle § 498 ZŘS zůstává příslušný soud, kterému byla věc předána.

⁹³¹ Srov. Svoboda, K., Tlášková, Š., Vlášil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 917 a násl.

Závěr

Ochrana poskytovaná prostřednictvím předběžných opatření spadá do širšího okruhu povahově podobné ochrany, kterou lze nazvat *ochrana provizorní*; ta se děje *provizorními opatřeními*. Za provizorní opatření považují opatření, kterými typicky civilní soud reaguje na určité nebezpečí hrozící určitému právnímu⁹³² statku (*ohrožení*) tím, že (zásadně) *dočasně* (mezitímně) *zajišťuje* právní postavení, resp. pozici (potenciálně) oprávněného účastníka, a to *obvykle ve vztahu k* (předpokládanému) řízení hlavnímu (tj. řízení, které obsahově jde nad rámec „pouhého“ zajištění). Právní, resp. soudní ochranu poskytovanou prostřednictvím těchto opatření lze označit za ochranu provizorní. Příkladem provizorního opatření *par excellence* jsou předběžná opatření.

Přeběžná opatření představují svébytný prostředek *zajištění ochrany* subjektivního práva, který zajišťuje jeho efektivní ochranu (tj. dopomáhá) tam, kde na to obvyklá cesta přes klasické civilní řízení svými postupy „výjimečně“ (zejm. pro nedostatek rychlosti) nestačí. To však lze s ohledem na zachování garancí řádného civilního procesu pouze *přeběžně*, tj. zejm. s výhradou „justifikace“ v obvyklém civilním řízení, resp. pod dalšími zárukami časové omezenosti trvání předběžného opatření. Až tam, kde efektivní ochraně práva nestačí (nestíhá) posoudit ani předběžné opatření, příp. jiný instrumentalizovaný prostředek ochrany práva prostřednictvím vrchnostenské moci (buď zvláštní, anebo jiné provizorní řízení, příp. opatření), lze zvažovat použití dovolené *svěpomoci* (§ 14 ObčZ).

Historický základ „práva předběžných opatření“, který byl *promítnut* do pozdějších *právních* úprav platných v našem zeměpisném teritoriu, nalezneme právě v právu *svémocného* „zádržného (zabavovacího) práva“ (*Pfändung*). Současná právní úprava předběžných opatření je důsledkem historického *vývoje*, který se po letech poznamenaných ideologickou představou o „odumírání“ práva vrací k rakouským tradicím. Dnešní řízení o návrhu na vydání předběžného opatření lze charakterizovat jako *sumární* (z důvodu omezení důkazních prostředků a uplatnění osvědčování) a *nalézací* (z důvodu předmětu řízení, který však není tzv. věcí samou), ovšem se zvláštní vazbou na řízení exekuční a zejména řízení ve věci samé, v němž se odehrává justifikace tzv. zajišťovaného práva.

Lze rozlišovat následující úkoly, které předběžná ochrana v souladu se svou funkcí plní:

1. Prvním úkolem předběžné ochrany je především *zajištění ohrožených práv, resp. zajištění jich budoucí realizace*. Tím se předejde situaci, aby se v důsledku jednání dlužníka, příp. v důsledku vnějších vlivů, stal posléze získaný titul bezcenným (uspokojení pohledávky věřitele bylo zmařeno, příp. podstatně ztiženo).

⁹³² Právem chráněnému.

2. Druhým úkolem předběžné ochrany je přijmout, resp. vytvořit *prozatímní úpravu (právních) poměrů* stran konfliktu tam, kde jsou předmětné vztahy kvalifikovaným způsobem narušeny, např. hrozcím násilím nebo nenahraditelnou škodou.
3. Třetím úkolem předběžné ochrany je přijmout, resp. vytvořit *prozatímní úpravu právních poměrů*, kdy dokonce dochází k provizornímu (mezitímnímu) uspokojení věitelova (navrhovatelova) práva.

Na podkladě uvedených úkolů lze založit i rozlišení předběžných opatření na (ryze) zajišťovací (*Sicherungsverfügung*), zatímní (*Regelungsverfügung*), a případně zatímní s efektem plnění (*Leistungsverfügung*). Přestože se na podkladě zákonného textu OSŘ přikláním k řešení dvoutypovému, zmiňují skutečnost, že zatímco doplnění „prapůvodního“ zajišťovacího opatření o regulující zatímní opatření bylo bezesporu záměrem zákonodárcovým (srov. § 381 bod 2 EO), pak předběžná opatření s efektem plnění jsou spíše výsledkem soudního dotváření práva a důsledkem požadavku efektivní a úplné ochrany subjektivních práv. Z tohoto pohledu tedy lze o určité „trojakosti“ *předběžných opatření* hovořit.

Požadavek efektivní a úplné ochrana práv stojí v základu „povýšení“ řízení o vydání předběžných opatření na úroveň, kdy je třeba zásadně posuzovat a požadovat zachování limitů „fair trial“, což naznal i ESLP v přelomovém rozhodnutí *Micallef proti Maltě*. Zvláštnosti předběžného řízení však dovolují, aby případná počáteční jednostrannost řízení (vedeného tzv. *ex parte*) byla kompenzována „narovnáním“ procesních práv následně, tj. po vtažení odpůrce do řízení. Vybalancovat je třeba i právní úpravu, ve které by požadavek na rychlost neměl nadměrně upozadit zásadu rovnosti zbraní a právo být slyšen (kapitola III.).

Českou právní úpravu předběžného řízení nelze – přes snahu o „vylepšení“ ústavně-konformním výkladem - považovat za uspokojivou. To potvrzuje soudní praxe, která ústavněprávní deficity podle mého názoru není dlouhodobě schopna překonat (ba dokonce rozpoznat). Jde zejména o deficity ve včasném a účinném slyšení odpůrce, úplné absenci ústního jednání a dlouhodobě nepředvídatelné relaci zákazu novot v řízení o odpůrcově odvolání ve vztahu k pominutí důvodů, pro které bylo předběžné opatření nařízeno, a pro které soud může předběžné opatření zrušit (srov. marg. č. 70). Vedle návrhu řešení cestou výkladu (srov. marg. č. 100) de lege ferenda plěduji za znovuzavedení zvláštního opravného prostředku – odporu (srov. marg. č. 96).

Kapitola V. kriticky vykládá platnou právní úpravu předběžných opatření. Východiskem však zůstává teoretický náhled, kdy se zejména vracím k tradičnímu rozlišování zajišťovaného práva a zajišťovacího důvodu, jakožto základních předpokladů pro vydání předběžného opatření. Zatímco zajišťované (tvrzené) materiální právo je vůbec předpokladem pro to, aby mohla být poskytnuta právní (soudní) ochrana, legitimuje důvod zajištění k tomu, aby mohla být poskytnuta právě předběžná ochrana. *Zajišťovací důvod* (důvod zajištění) je dostatečný (kvalifikovaný) důvod, který opravňuje k přijetí předběžného opatření, tj. takové ohrožení prosazení práva, kterému nelze předejít jinak než vydáním předběžného opatření. *Zajišťovací důvod* se liší

u zajišťovacích na rozdíl od zatímních opatření. Zajišťovacím důvodem zajišťovacích opatření je „ohrožení“ *budoucí exekuce* (ať již ve smyslu jejího zmaření, nebo „jen“ podstatného ztížení), zajišťovacím důvodem zatímních opatření je hrozící násilí, nenapravitelná škoda, podstatná újma nebo jiný důvod, pro který je přijetí opatření nezbytně potřebné (*nezbytné*). Na zajišťovací důvod u zatímních předběžných opatření jsou kladeny velmi přísné požadavky (zajištění právní ochrany navrhovatele musí být *nutné*) a je požadováno provedení „odvažování a vyvažování“ zájmů stran daného případu, zejm. očekávané vyznění případu, hrozící škoda (újma), míra potřebnosti ochrany pro tu kterou stranu atp. U zajišťovacích opatření si zákon vystačí s *obavou*, že by výkon soudního rozhodnutí byl (mohl být) ohrožen, čímž je vysloveno hodnotové rozhodnutí zákonodárce, že v takovémto případě již další „odvažování a vyvažování“ zájmů stran (s výhradou požadavku přiměřenosti) není zapotřebí (blíže viz marg. č. 24 a 25).

V souladu s cíli práce se nevyhýbám problematickým otázkám, jako např. případům vzniku práva na náhradu škody (újmy) způsobené předběžným opatřením, předjímání a předbíhání věci samé, osvědčování a potřebné míře důkazu atd. Presentují rovněž instituty, které s předběžnými opatřeními souvisí (např. předběžná vykonatelnost), příp. byly historicky za předběžná opatření považována (např. poznámka spornosti či vzájemné sepsání). Stranou pozornosti pak nezůstaly instituty *de lege lata* neupravené, např. *Schutzschrift* či jistota skládaná odpůrcem, neboť mám za to, že se s nimi v praxi a při úvahách o novém procesním kodexu budeme setkávat. Rovněž na otázky výkonu (vykonání) předběžných opatření si z důvodu nepřekročení rozumného rozsahu závěru dovoluji odkázat.

V návaznosti na úvod lze uzavřít, že předkládaná práce se pokouší vysoce prakticky relevantní téma předběžných opatření v civilním procesu uceleně uchopit a nově zpracovat tak, aby byla vyplněna mezera pociťovaná jak na úrovni teoretického pojednání, tak rukověti pro právní praxi. Do jaké míry se to autorovi podařilo, nechť posoudí laskavý čtenář.

Shrnutí

Předběžné opatření si v civilním procesu opodstatněně získalo své nezastupitelné místo nejen v rámci práva České republiky, ale i na celém evropském kontinentu. Novodobá neodmyslitelnost zakotvení institutu předběžných opatření v rámci civilního procesu je důsledkem praktických poznatků a zkušeností, historického vývoje, jakož i naplňování takových požadavků, jako je samotné fungování práva zejm. ve smyslu jeho efektivnosti, konečné vymahatelnosti a v neposlední řadě i idey spravedlnosti (zřejmě ne náhodou se v anglosaském právu předběžná opatření formovala v rámci Law of Equity).

Garantem idee spravedlnosti je v konečném důsledku stát, který právě i úpravou předběžné ochrany na sebe přebírá funkce plněné v dřívějších dobách „právem pěstním“ (byť některé formy svépomoci stát stále dovoluje), a to aby podtrhl monopol svého postavení při uplatňování vynucování práva formou souladnou se zákony, předvídatelnou a poskytovanou v legitimních případech. Pokud by stát sám nebyl s to, poskytnout pro kritickou dobu od porušení/ohrožení práva do jeho nalezení a příp. nuceného výkonu navrhovateli dostatečnou ochranu, byla by tím zásadní způsobem podkopána důvěra ve státní (zejm. soudní) ochranu práv jednotlivce.

Přes shodu na nutnosti a opodstatněnosti existence institutu předběžných opatření zůstává otevřenou otázkou konkrétní způsob a modalita právní úpravy předběžných opatření v rámci civilního procesu. Zejména při aplikaci v konkrétních případech je zde imanentní potřeba vyvažovat zájmy účastníků ohledně potřebnosti a odůvodněnosti zásahu předběžným opatřením. Současný stav právní úpravy v ČR přitom doslova představuje výzvu pro důkladný právní rozbor. Ústavní soud ČR již v době, kdy jsem si volil téma disertační práce, poprvé otevřeně kritizoval nekonceptnost a dovořil částečnou neústavnost právní úpravy předběžných opatření. Zmíněná situace mne vybídla ke zpracování tématu *de lege lata* i *de lege ferenda*, včetně obohacení o historické a komparativní srovnání, teoretické a praktické úvahy.

Téma předběžného opatření nadále zůstává v České republice tématem velmi aktuálním. Jelikož je mu však i na úrovni odborné právní veřejnosti věnována často jen velmi punktuální pozornost (např. výše jistoty za předběžné opatření), natož aby se dočkalo komplexního monografického zpracování, klade si disertační práce za cíl nápravu tím, že téma „předběžného opatření v civilním procesu“ komplexně zanalyzuje a vysvětlí.

Procesněprávní úprava institutu předběžných opatření v rámci civilního procesu zahrnuje zvláštní pravidla, která vykazují odlišnosti oproti úpravě standardního nalézacího řízení ve věci samé i řízení vykonacího. Tato specifická pravidla mají svůj původ ve zvláštní funkci, kterou předběžná opatření plní. V prvopočátku se specifická úprava pravidelně projevuje v pravidlech záměrně znevýhodňujících tu stranu řízení, proti které předběžné opatření směřuje (např. nedoručení návrhu na vydání předběžného opatření odpůrci před vydáním vyhovujícího rozhodnutí). Na druhé straně však,

jelikož účinná ochrana práv a právo na spravedlivý proces náleží všem účastníkům bez rozdílu (srov. čl. 37 Listiny a Čl. 90 Ústavy), je nutná zvýhodňující pravidla ve prospěch navrhovatele procesně kompenzovat. Výsledná úprava musí vytvářet vyvážený stav, zajišťující možnost rovného prosazení práv a garantující zachování ústavních práv účastníků (požadavky spravedlivého procesu).

V českém občanském soudním řízení je předběžné opatření procesní prostředek, který umožňuje ještě před rozhodnutím soudu ve věci samé stanovit účastníkům řízení povinnost, je-li třeba, aby byly zatímne upraveny poměry účastníků, nebo, je-li obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen. Účelem předběžného opatření je předběžná úprava práv a povinností, která nevylučuje, že ochrana práv účastníka řízení bude konečným rozhodnutím ve věci poskytnuta, zajišťuje však, aby takovéto konečné rozhodnutí mohlo mít vůbec reálný význam.

Jádrem předkládané práce je právně-teoretický, historický, komparativní, praktický, hodnotící a nezřídka kritický pohled na institut ochrany pomocí předběžného opatření.

Z hlediska struktury je možné vymezit po úvodu disertační práce, který by měl čtenáře vtáhnout do problematiky a osvětlit metodický přístup a pojmosloví, navažující část věnující se pohledu do historie právní úpravy a zásadám, kterými je právní úprava předběžného řízení ovládána. V kapitole IV. je pojednáno o problematických otázkách, které povětšinou jdou za rámec výkladu jednotlivých ustanovení zákona a je tedy třeba je „vytknout“ před závorku. Pojednáno je zejm. o funkci, typologii, systematicke, vztahu k věci samé, předběžnosti, mezích, prostředcích, účincích, zvláštnostech (osvědčování, justifikace), předpokladech vydání i možnostech výkonu předběžného opatření, dále pak vztahu k příbuzným institutům (předběžná vykonatelská, soudcovská zástavní právo), jakož i o institutech, které české právo (již) nezná (odpor, jistota odpůrce atd.). Poslední V. kapitola se soustředí na výklad jednotlivých ustanovení OSŘ a ZŘS. Jde o pojednání bližící se výkladu komentářovému, přičemž snahou je připomenout názory ostatních autorů, formulovat názory vlastní, a to na podkladě závěrů, ke kterým jsem dospěl již v obecné části.

Summary

Preliminary injunctions have earned an irreplaceable function in civil proceedings in Czech as well as in other European jurisdictions. The contemporary notion that preliminary injunctions are inheritant to the civil proceedings is the consequence of practical knowledge and experience, historic developments, as well as the necessity to fulfill such tasks such as the effective functionality of law, its enforceability and not least to guarantee the idea of justice.

The guarantor of the idea of justice is in the end, the state, which has taken on functions which had been previously been carried out by individuals without any authorization (i.e. when the rule of law was weak) and established a system of authorized preliminary relief (protection). Exercising the monopoly on the use of force the state protects individuals in legitimate cases and in a manner prescribed by law. If the state were not capable of granting an adequate remedy at a critical time when an individuals' right has been violated or was in peril before being judicially adjudicated and as the case may be enforced, the confidence in state powers and its ability to protect an individual would be shaken.

Having the necessity for the existence and the legitimacy of the legal instrument – preliminary or Mareva injunctions - for given, the question remains how to constitute an appropriate and effective legal regulation and how to integrate it into the existing procedural rules. When deciding upon the legitimacy and usefulness of a preliminary measure sought in individual cases, a special consideration has to be made, i.e. a balancing act as to the conflicting interests of and possible harm to the parties in the dispute. The current state of the Czech preliminary injunction legal framework poses a great challenge for legal analysis. At the time when the topic of this thesis had been chosen the Czech Constitution Court had for the first time openly criticized the arbitrariness of the concept of preliminary measure regulation and found it partially unconstitutional. The mentioned situation spurred me into examining the topic *de lege lata* ("the law as it exists") and *de lege ferenda* ("with a view to the future law"). A legal analysis would not be complete without consideration of historic and comparative law issues as well as adopting and evaluating case law and theoretical approaches.

The topic of preliminary injunctions remains relevant in the Czech Republic. It is quite paradoxical that only selective attention (e.g. to the amount of a bond to secure damages) is paid to the topic at the general legal expert level, especially no monograph dedicated to the topic has been published for more than a hundred years. The thesis aims at mending the unsatisfactory situation and purports to comprehensively analyze and explain the topic of "preliminary injunctions in civil proceedings".

The procedural laws governing preliminary injunctions include special rules which deviate from standard law finding (as well as enforcement) procedures. The origin of these rules lies in the special function which preliminary injunction assume. The beginning of the proceedings is often characterized by uneven distribution of procedural rights to the detriment of the opposing party (e.g. the application is not

served until an injunction has been granted). On the other hand, since the effective protection of rights and the right to be fairly heard rests equally with both parties, it is mandatory that the initial advantage which was given to the claimant must be compensated to the benefit of the defendant. The overall regulation must strike a fair balance, giving the parties equal procedural opportunities and safeguarding the constitutional rights of the parties, especially the right to a fair trial.

Under Czech law a preliminary injunction is a procedural remedy, which allows the imposition of a duty upon the defendant before the decision on merits can be reached e.g. in such cases, where it would be necessary to regulate parties' relationships in the interim or where the threat of frustration of enforcement of the court's decision exists. The purpose of the preliminary injunction is a preliminary regulation of rights and duties without prejudicing the final protection granted in the proceedings on merits but securing that such a final decision retains a real significance.

The thesis is structured into an introductory part, which should attract the readers' attention and explain the methodology and terminology used in the work. The following chapters take a look at the historical developments of preliminary protection and further deduce principles particular to preliminary measures. Chapter IV. deals with general issues which go beyond the somewhat limited interpretation of statutory sections and explicates the common elements of the „law of preliminary injunctions“. This part deals with function, typology, relation to the proceedings on merits, interlocutory character, limits, means, effects, particularities (such as demonstration, justification), requirements for granting and possibilities of enforcement of preliminary measures, further with relation to relative legal creatures (i.e. preliminary enforceability) and also instruments, which are not recognized under Czech law (objections, bond by defendant and so on). The last chapter of the thesis focuses on the interpretation of individual sections of the Czech Civil Proceedings Code and the Statute on Special Court Proceedings which govern preliminary injunctions. This part adopts a critical approach, presents opposing opinions and gives authors independent views on particular legal issues.

Anotace

Problematika předběžných opatření v civilním procesu v České republice není aktuálně monograficky zpracována. To přesto, že jde o téma živě diskutované a vysoce prakticky relevantní. Řada problémů spojených s předběžnými opatřeními je přitom kontroverzní a rovněž právní názory v české komentářové literatuře značně divergují.

Práce nabízí systematický pohled na předběžná opatření podle OSŘ a ZŘS. Pozornost upíná jak k historii, tak ke srovnatelným právním řádům (zejm. Rakouska a Německa), ze kterých čerpá zejména tam, kde scházejí zdroje české. Cílem předkládané práce je klást a zodpovědět základní otázky „práva předběžných opatření“. Práce se tak zabývá funkcí, typologií, vztahu k věci samé, předběžností, mezích, prostředcích, účincích, zvlátnostech (např. osvědčování a justifikace), předpokladech vydání i možnostech výkonu předběžného opatření, dále pak vztahu k příbuzným institutům (předběžná vykonatelnost atp.), jakož i o institutech, které české právo (již) nezná (odpor, jistota odpůrce atd.). Ve zvláštní části se práce zabývá výkladem jednotlivých ustanovení OSŘ a ZŘS.

Abstract

The topic of preliminary injunctions (injunctive relief) in civil proceedings has not been monographically processed and published in the Czech Republic for more than one hundred years. That is in spite of the practical relevance and topical debates pertaining to the topic. A whole array of problematic questions connected to preliminary injunctions is controversial and also legal opinions in Czech commentary literature considerably diverge in respect to particular issues.

The thesis offers a systematic approach to preliminary injunctions and proceedings governed by the Czech Civil Proceedings Code and the Statute on Special Court Proceedings („OSŘ“ and „ZŘS“). Attention is paid to historic developments and comparable jurisdictions (especially Germany and Austria), which are used as a reference in cases where Czech sources are insufficient. The aim of the work is to pose and answer fundamental questions of the „law of preliminary injunctions“. The work deals with function, typology, relation to the proceedings based on merits, interlocutory character, limits, means, effects, particularities (such as demonstration, justification), requirements for granting and possibilities of enforcement of preliminary measures, further with relation to relative legal creatures (i.e. preliminary enforceability) and also instruments which are not recognized under Czech law (objections, bond by defendant and so on). The second part of the thesis focuses on the interpretation of the individual sections of OSŘ and ZŘS which govern preliminary injunctions.

Klíčová slova

Předběžná opatření, zajišťovací opatření, zatímní opatření, provizorní ochrana, jistoty, soudní příslušnost, výkon rozhodnutí, domácí násilí, právo být slyšen, občanské soudní řízení

Key words

Preliminary injunctions, Mareva injunctions, interlocutory injunctions, Injunctive relief, bonds, court jurisdiction, enforcement, domestic violence, right to be heard, civil proceedings

Seznam použitých zkratk

1. České právní předpisy

EŘ	zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů
EÚLP	Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, publikovaná sdělením č. 209/1992 Sb.
InsZ	zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů
JŘSoud	vyhláška č. 37/1992 Sb., o jednacím řádu pro okresní a krajské soudy, ve znění pozdějších předpisů
JSŘ	josefinský obecný soudní řád (přijatý patentem č. 13 Sb. z. s. ze dne 1. 5. 1781)
KatZ	zákon č. 256/2013, o katastru nemovitostí (katastrální zákon), ve znění pozdějších předpisů
LPS	Listina základních práv a svobod, vyhlášená usnesením předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., ve znění pozdějších ústavních předpisů
ObčZ	zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
ObčZ 1964	zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
OSŘ	zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů
OSŘ 1950	zákon č. 142/1950 Sb., o řízení ve věcech občanskoprávních (občanský soudní řád), ve znění pozdějších předpisů
PolČR	zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů
RozŘ	zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů
SoudP	zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů
SSZ	zákon č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů
SŘS	zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů
TrŘ	zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád),

	ve znění pozdějších předpisů
TrZ	zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
ÚPrDt	Úmluva o právech dítěte, vyhlášená sdělením č. 104/1991 Sb.
ZMPS	zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém
ZOR	zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů
ZŘS	zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních
ZSPO	zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů

2. Zahraniční právní předpisy

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (rakouský obecný občanský zákoník)
AnfO	Anfechtungsordnung (rakouský odpůrčí řád)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (německý občanský zákoník)
dPatG	Patentgesetz (německý patentový zákon)
dZPO	Zivilprozessordnung (německý občanský soudní řád)
EO	Exekutionsordnung (rakouský exekuční řád)
IO	Insolvenzordnung (rakouský insolvenční řád)
öPatG	Patentgesetz (rakouský patentový zákon)
öZPO	Zivilprozessordnung (rakouský občanský soudní řád)
sZPO	Zivilprozessordnung (švýcarský občanský soudní řád)

3. Soudy

BGH	Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichts (Spolkový ústavní soud, Německo)
ESD	Evropský soudní dvůr
ESLP	Evropský soud pro lidská práva
KOS	krajský obchodní soud
KS	krajský soud
MS	městský soud
NS	Nejvyšší soud
OGH	Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soudní dvůr, Rakousko)
OLG	Oberlandesgericht (vrchní soud, Německo)
OS	okresní soud

ÚS	Ústavní soud
VS	vrchní soud

4. Sbírky a časopisy publikující soudní rozhodnutí

BA	Bulletin advokacie
C	Soubor rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu (civilní)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PR	Právní rozhledy
Rc	Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu (civilní)
SR	Soudní rozhledy
Vážný	Sbírka rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky z let 1919–1948

5. Ostatní zkratky

BGBI	Bundesgesetzblatt (rakouská sbírka zákonů)
GVBl.	Das Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen (německá sbírka zákonů a nařízení)
JGS	Justizgesetzsammlung (Sbírka zákonů soudních)

Seznam citované literatury

1. Zahraniční knihy

- Angst, P.* Kommentar zur Exekutionsordnung. 2. vydání. Wien : Manz, 2008
- Apathy, P. a kol. (ed.)* Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag. Wien : Jan Sramek, 2010
- Baumbach, A., Lauterbach, W., Albers, J., Hartmann, P.* Zivilprozessordnung. 68. vydání. München : C. H. Beck, 2010
- Baur, F.* Studien zum einstweiligen Rechtsschutz. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1967
- Baur, F., Stürner, R.* Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, und Vergleichsrecht: Band I Einzelvollstreckungsrecht. 13. vydání. Heidelberg : C. F. Müller, 2014
- Brox, H., Walker, W.-D.* Zwangsvollstreckung. 9. vydání. München : Franz Vahlen, 2011
- Burgstaller, A., Deixler-Hübner, A.* Exekutionsordnung. Kommentar. Wien : Lexis-Nexis ARD ORAC, 2009
- Delany, H.* Equity and the Law of Trusts in Ireland. 5. vydání. Dublin : Thomson Round Hall, 2011
- Dunkl, H., Moehller, D., Bauer, H., Feldmeier, G.* Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes: Einstweiliger Rechtsschutz in allen wichtigen Verfahrensarten. 3. vydání. München : C. H. Beck, 1999
- Fasching, H.* Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts. 2. vydání. Wien : Manz, 1990
- Fasching, H., Konecny, A.* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. 2. vydání. 3. svazek. Wien : Manz, 2004
- Fasching, H., Konecny, A.* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. 2. vydání. 4. svazek. Wien : Manz, 2007
- Feil, E., Friedl, H., Bayer, R.* GBG Grundbuchsgesetz. Kommentar mit Mustersammlung. 1. vydání. Wien : Linde, 2014
- Finkelnburg, K., Jank, K.* Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren. 3. vydání. München : C. H. Beck, 1986
- Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Kathrein, G., Schauer, M. (ed.)* ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform. Wien : Manz Verlag, 2008
- Frauenberger, A.* Einstweiliger Rechtsschutz bei Besitzstörung. Wien : Manz, 1993

- Gaul, H., Schilken, E., Becker-Eberhart, E.* Zwangsvollstreckungsrecht. 12. vydání. München : C. H. Beck, 2010
- Heinze, M.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zahlungsverkehr der Banken. Frankfurt am Main : Knapp Fritz Verlag, 1984
- Holzhammer, R.* Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht. 4. vydání. Wien : Springer, 1993
- Jauering, O., Berger, Ch.* Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht. 23. vydání. München : C. H. Beck, 2010
- Kininger, E.* Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen. Wien : Manz, 1991
- Kleveman, D. (ed.)* Anwalts-Handbuch Einstweiliger Rechtsschutz. 2. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2013
- Kodek, G. (ed.)* Grundbuchsrecht Kommentar. Wien : Manz, 2007
- Kodek, G.* Die Besitzstörung – Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes. Wien : Manz, 2002
- Kodek, G., Mayr, P.* Zivilprozessrecht. Wien : Facultas WUV, 2011
- Konecny, A.* Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Wien : Manz, 1992
- König, B.* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren. Handbuch für Studium und Praxis. 4. vydání. Wien : Manz, 2012
- Krüger, W., Rauscher, T.* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. vydání. München : C. H. Beck, 2012
- Leipold, D.* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes. München : C. H. Beck, 1971
- Locher, H., Mes, P.* Beck'sches Prozess-formularbuch. 10. vydání. München : C. H. Beck, 2006
- Lücke, G., Wax, P.* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. 2. vydání. München : C. H. Beck, 2001
- Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen. 1. a 2. svazek. C. a k. Ministerstvo spravedlnosti. Wien : Manz, 1897
- Minnerop, M.* Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz. München : Carl Heymanns Verlag, 1973
- Musielak, H.-J.* Zivilprozessordnung Kommentar. 11. vydání. München : Franz Vahlen, 2014
- Neumann, G., Lichtblau, L.* Kommentar zur Exekutionsordnung. 3. vydání. Wien : Manz, 1929
- Neumann, G., Lichtblau, L., Heller, L. V., Berger, F., Stix, L.* Kommentar zur Exeku-

- tionsordnung. 4. vydání. Wien : Manz, 1976
- Neumayer, M.* Exekutionsrecht. Wien : Manz, 2004
- Piebler, K.* Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht. Frankfurt : Metzner, 1980
- Planitz, H.* Grundlagen des deutschen Arrestprozesses. Leipzig : Meiner, 1922
- Pollak, R.* System des österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einfluss des Exekutionsrechtes. Wien : Manz, 1906
- Praxmarer, E.* Die Rückführbarkeit einstweiliger Verfügungen. Disertační práce, 2014 (zatím nepublikováno)
- Prütting, H., Gehrlein, M.* ZPO Kommentar. 6. vydání. München : C. H. Beck, 2014
- Rechberger, W., Oberhammer, P.* Exekutionsrecht. 4. vydání. Wien : WUV Universitätsverlag, 2009
- Rechberger, W., Simotta, D.* Grundriss des österreichischen Zivilprozess-rechts – Erkenntnisverfahren. 8. vydání. Wien : Manz, 2010
- Rintelen, A.* Die einstweilige Verfügung. Wien : Manz, 1905
- Rossenbergl, L.* Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 3. vydání. Berlin : Liebmann, 1931
- Rummel, P.* Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 3. vydání. Wien : Manz, 2000
- Schmid, A. Ch. J.* Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. 3. část. Kiel : Univ.-Buchh, 1845
- Schuschke, W., Walker, W.-D.* Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar. 5. vydání. München : Carl Heymanns, 2011
- Schwimann, M. (ed.)* ABGB Praxiskommentar. Svazek 6. 2. vydání. Wien : Orac, 1997
- Spühler, K., Tenchio, L., Infanger, L.* Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung. 2. vydání. Basel : Helbink Lichtenhahn, 2013
- Stein, F., Jonas, M.* Kommentar zur Zivilprozessordnung. 22. vydání. 9. svazek. Tübingen : Mohr Siebeck, 2002
- Stern, J.* Arrest und einstweilige Verfügungen nach der deutschen Zivilprozessordnung. Berlin : Franz Vahlen, 1912
- Thomas, H., Putzo, H.* Zivilprozessordnung. 34. vydání. München : C. H. Beck, 2013
- Ullmann, D.* Das österreichische Zivilprozesrecht. 3. vydání. Prag, Liepzig, Berlin : F. Tempsky, G. Freytag, Carl Heymanns, 1885
- Verner, J.* Das Recht des Arrestes im Civilprozesse. Erlangen : A. Deichert, 1884
- Vogg, S.* Einstweiliger Rechtsschutz und Vorläufige Vollstreckbarkeit. Berlin : Dunc-ker und Humblot, 1991

- Wach, A.* Der italienische Arrestprozess. Leipzig : Haessel, 1868
- Walker, W.-D.* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Tübingen : Mohr, 1993
- Wassermann, R.* Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung. München : Luchterhand, 1987
- Weismann, J.* Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 2. díl. Stuttgart, 1903–1905
- Werner, K.* Arrest und einstweilige Verfügung im reichsdeutschen und österreichischen Zivilprozessrecht. Jena : Diederichs, 1932
- Wieczorek, B., Schütze, R.* Zivilprozessordnung. 3. vydání. Berlin : Walter de Gruyter, 1995
- Zechner, A.* Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung. Kommentar. Wien : Springer, 2000
- Zöller, R.* Zivilprozessordnung. 28. vydání. Köln : Dr. Otto Schmidt, 2010

2. České knihy

- Bělohávek, A. J.* Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012
- Bříza, P. a kol.* Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014
- David, L. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha : Wolters Kluwer, 2009
- Drápal, L., Bureš, J. a kol.* Občanský soudní řád I. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009
- Eliáš, J.* Vzory k občanskému soudnímu řádu. Praha : Orbis, 1960
- Handl, V., Rubeš, J.* Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha : Panorama, 1985
- Hora, V.* Exekuční právo. Praha : V. Linhart, 1938
- Hrušáková, M., Králíčková, Z., Westphalová, L. a kol.* Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655–975). Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014
- Hulmák, M. a kol.* Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014
- Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha III. Zákon o zvláštních řízeních soudních. Praha : Wolters Kluwer, 2015
- Jirsa, J. a kol.* Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Praha : Havlíček Brain Team, 2013
- Klabouch, J.* Staré české soudnictví. Praha : Orbis, 1967
- Kmec, J., Kosař, D., Kratochvíl, J., Bobek, M.* Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012

- Lavický, P. a kol.* Zákon o zvláštních řízeních soudních. Zákon o veřejných rejstřících. Praktický komentář. Praha : Wolters Kluwer, 2015
- Lisse, L.* Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha : Linde, 2012
- Rubeš, J.* Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha : Orbis, 1970
- Rubeš, J.* Občanský soudní řád. Komentář. Praha : Orbis, 1951
- Svoboda, K.* Přehled judikatury ve věcech předběžných opatření. Praha : Wolters Kluwer, 2013
- Svoboda, K., Smolík, P., Levý, J., Šínová, R. a kol.* Občanský soudní řád. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013
- Svoboda, K., Tlášková, Š., Vlácil, D., Levý, J., Hromada, M. a kol.* Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015
- Svoboda, K., Šínová, R., Hamuláková, K. a kol.* Civilní proces. Obecná část a sporné řízení. Praha : C. H. Beck, 2014
- Škárová, A. a kol.* Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 4. vydání. Praha : Linde, 2009
- Vojtek, P.* Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012
- Winterová, A. a kol.* Civilní právo procesní. 5. vydání. Praha : Linde, 2008
- Winterová, A. a kol.* Civilní právo procesní. Část první. Řízení nalézací. 7. vydání. Praha : Linde, 2014

3. Články

- Čuhelová, K., Spáčil, O.* Předběžné opatření u domácích porodů. Právní rozhledy, 2013, č. 12, s. 438
- Hrbek, J.* Ještě nad novelou o. s. ř. (jistota při předběžném opatření). Bulletin advokacie, 2005, č. 10, s. 49
- Hrnčířik, V.* Jistoty k zajištění náhrady škody a na náklady řízení, včetně problematiky jejich včasného, pozdějšího a pozdního složení. Právní rozhledy, 2013, č. 21, s. 731
- Hrnčířik, V.* Srovnání právní úpravy předběžných opatření v USA a v ČR. Právní rozhledy, 2014, č. 12, s. 419
- Jauernig, O.* Der Zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen. Zeitschrift für Zivilprozess, 1966, č. 79, s. 321
- Jirsa, J.* Předběžná opatření – účelná i zneužitelná zbraň. Právní fórum, 2009, č. 9, s. 361
- Krampera, J., Huml, O.* Předběžné opatření v rozhodčím řízení. EPRAVO.CZ, 22. 4. 2014, dostupné na <http://www.epravo.cz>

- Křiváčková, J.* Nad nálezem Ústavního soudu Pl. ÚS 16/09 ze dne 19. 1. 2010. Právní fórum, 2010, č. 8, s. 400
- Lavický, P.* Odůvodňování usnesení v civilním řízení soudním. Právní fórum, 2009, č. 1, s. 6
- Lippold, R.* Nochmals: Begründungspflicht für Arrest oder einstweilige Verfügung anordnende Beschlüsse. Neue Juristische Wochenschrift, 1994, s. 1110
- Nägele, S.* Muß der einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung anordnende Beschluß begründet werden? Neue Juristische Wochenschrift, 1993, s. 1045
- Premus, R.* Nad novelou občanského soudního řádu aneb Komu slouží jistota. Bulletin advokacie, 2005, č. 6, s. 33
- Říha, M.* Povinnost soudu odůvodnit rozhodnutí o nařízení předběžného opatření. Právní rozhledy, 2010, č. 11, s. 402
- Schote, M., Lührig, T.* Prozessuale Besonderheiten der Einstweiligen Verfügung Präklusion, Schriftsatzfrist und Prüfungsumfang des Berufungsgerichts. Wettbewerb in Recht und Praxis, 2008, s. 1281
- Svoboda, K.* Kdo odpovídá za škodu z nezákonného předběžného opatření. Právní rozhledy, 2008, č. 13, s. 485
- Svoboda, K.* Prokazování důvodů pro vydání předběžného opatření v judikatuře českých soudů. Jurisprudence, 2013, č. 6, s. 3
- Svoboda, K.* Povinnost ke složení jistoty u předběžných opatření v obchodních věcech. Obchodní právo, 2013, č. 7–8, s. 264
- Tichý, L.* Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu (skica o možné změně paradigmatu v ObčZ). Bulletin advokacie, 2013, č. 12, s. 28
- Waltr, R.* Nová právní úprava odvolacího řízení v občanském soudním řádu. Právní zpravodaj, 2005, č. 2, s. 1